

STAATSCOURANT

Officiële uitgave van het Koninkrijk der Nederlanden sinds 1814.

Nr. 18823
8 juli
2015

Advies Raad van State inzake het wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen

Nader Rapport

1 juni 2015
Nr. 649902
Directie Wetgeving en Juridische Zaken

Aan de Koning

Nader rapport inzake het wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen I

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 juli 2014, nr. 2014001353, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 6 oktober 2014, nr. W03.14.0221/II, bied ik U hierbij aan. Het voorstel geeft de Afdeling advisering aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

1. Opportuniteit; waarborgen

a. Inleiding

De opmerkingen van de Afdeling over het risico dat de '*stille fase*' voorafgaand aan het faillissement oneigenlijk zou kunnen worden gebruikt of dat in die fase partijen die een serieus overnamebod willen doen over het hoofd zouden kunnen worden gezien, hebben in de eerste plaats aanleiding gegeven om in het algemeen deel van de memorie van toelichting nader uiteen te zetten binnen welke context de '*pre-pack praktijk*' is ontstaan.[1] Daarbij is erop gewezen dat deze praktijk in de kern neerkomt op een aanpassing van een handelwijze die al lange tijd bestaat, namelijk van de voorbereiding van een faillissement en een eventuele doorstart uit dat faillissement. In plaats dat schuldenaar en zijn adviseurs de voorbereidingen geheel '*op eigen houtje*' treffen, worden in de '*pre-pack praktijk*' de rechtbank die bevoegd is het faillissement uit te spreken en de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris daarbij betrokken.

Een doorstart van nog rendabele bedrijfsonderdelen uit faillissement komt regelmatig voor. Dit was ook al het geval voor de '*pre-pack praktijk*' een vaart nam en is een logisch gevolg van het feit dat bedrijfsonderdelen (evenals bijvoorbeeld de bedrijfsinventaris) behoren tot de boedelactiva. Het is de taak van de curator in het faillissement om deze boedelactiva tegen een zo hoog mogelijke prijs te gelde te maken en de opbrengst vervolgens te verdelen onder de schuldeisers (artikel 68 Fw). In de praktijk blijkt dat zowel de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als maatschappelijk belangen (waarmee de curator ook rekening zal moeten houden) er om verschillende redenen veelal bij gebaat zijn, wanneer het aanwezige boedelactief grotendeels aan één koper kan worden verkocht die daarmee een groot deel van de onderneming voortzet.[2]

Wanneer een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen plaatsvindt uit een regulier faillissement, zijn de risico's op een suboptimaal resultaat (met meer schade voor de betrokkenen bij het faillissement) en op misbruik van het faillissementsrecht groter dan wanneer de verkoop/doorstart voor de faillietverklaring onder het toeziend oog van de toekomstig curator en de toekomstig rechter-commissaris door de schuldenaar is voorbereid. Dit komt omdat bij een regulier faillissement sprake is van één van de volgende twee minder gunstige scenario's:
a) de verkooptransactie ten behoeve van de doorstart uit faillissement wordt pas na de faillietverklaring door de curator tot stand gebracht, of
b) deze wordt voor de faillietverklaring geheel op eigen gelegenheid door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming voorbereid.

In het eerst genoemde scenario geldt als complicatie dat er voor de curator vaak maar weinig tijd is

[1] Zie paragraaf 2 van de memorie van toelichting.
[2] Zie paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting.

om een doorstart te realiseren. De praktijk laat zien dat ondernemingen na een faillietverklaring vrijwel altijd te maken krijgen met negatieve publiciteit die ertoe leidt dat een onbeheersbare situatie ontstaat; financiers gaan over tot het uitwinnen van zekerheden, klanten verliezen het vertrouwen, leveranciers weigeren nog langer te leveren en werknemers gaan op zoek naar een andere baan. Deze hectiek van het faillissement kan ertoe leiden dat de onderneming vrijwel tot stilstand komt en dit heeft in de meeste gevallen een negatieve invloed op de waarde van de bedrijfsonderdelen en de kansen op een succesvolle doorstart. Bij de verkooptransactie kan door de curator slechts een lage prijs (dicht bij de liquidatiewaarde van de bedrijfsonderdelen) worden bedongen en veel werkgelegenheid gaat verloren.

In het tweede scenario hebben de schuldeisers van de door de schuldenaar gedreven onderneming – tenzij zij hierin worden betrokken – geen invloed op het voorbereidingstraject. Hetzelfde geldt voor potentieel geïnteresseerde kopers. Zij worden net als de curator en de rechter-commissaris pas na de faillietverklaring met de voorbereide verkooptransactie geconfronteerd. Schuldeisers en geïnteresseerde kopers ervaren daardoor een informatieachterstand. Dit maakt het voor de schuldeisers en potentieel geïnteresseerde kopers lastig om de voorbereide verkooptransactie binnen korte tijd goed te doorgronden. Daardoor is er feitelijk vaak maar weinig gelegenheid voor de schuldeisers om nog enige invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de curator en de rechter-commissaris omtrent het al dan niet effectueren van de voorbereide doorstart. Voor potentieel geïnteresseerde kopers is het veelal niet mogelijk daadwerkelijk mee te dingen in het verkoopproces omdat het hen niet lukt spoedig een concurrerende overnamebieding op de onderneming uit te brengen; dat wil zeggen een bod dat zowel interessant is voor de curator als verantwoord voor henzelf. Doordat er niemand is die meekijkt tijdens het voorbereidingstraject, bestaat er in dit scenario bovendien een groter risico dat sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude en/of misbruik van het faillissementsrecht, terwijl dit niet of pas op een later moment wordt opgemerkt.[3]

De in de afgelopen jaren in de rechtspraktijk ontwikkelde '*pre-pack methode*' leidt er nu juist toe dat de positie van de schuldeisers wordt verbeterd. Deze praktijk brengt mee dat de voorbereiding van het faillissement en, indien aan de orde, van een doorstart uit dat faillissement plaatsvindt onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris krijgen daarmee reeds voor de faillietverklaring de gelegenheid zich te verdiepen in de situatie waarin de onderneming zich bevindt. Ook kunnen zij het voorbereidingstraject op de voet volgen. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris zullen daardoor in het faillissement '*beter beslagen ten ijs kunnen komen*' en sneller en beter geïnformeerd een besluit kunnen nemen over het al dan niet effectueren van een voorbereide verkoop/doorstart. Voorts krijgen zij ook de mogelijkheid invloed uit te oefenen op het voorbereidingstraject en kunnen zij er op die manier voor zorgen dat een optimaal resultaat (dat wil zeggen behoud van zoveel mogelijk waarde en werkgelegenheid) wordt bereikt.[4] Mocht sprake zijn van een vooropgezet plan van het bestuur of de feitelijk leidinggevenden om het faillissementsrecht te misbruiken, dan hebben de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris doordat zij eerder worden betrokken, ruimere gelegenheid om dit tijdig te ontdekken en kunnen zij hier een stokje voor steken door de daartoe voorbereide doorstart niet uit te voeren.[5]

Schuldeisers en anderen die geraakt worden door het faillissement profiteren van de voorgestelde regeling doordat hiermee duidelijkheid wordt geboden over de figuur van de beoogd curator en diens rol, taken en bevoegdheden, alsmede over de voorwaarden voor aanwijzing van een beoogd curator en het toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Zo is in de voorgestelde regeling verduidelijkt dat het de bedoeling is dat de beoogd curator – bij wijze van compensatie van het gebrek aan transparantie voor de schuldeisers en andere betrokkenen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming – kritisch meekijkt met het voorbereidingstraject en de schuldenaar erop aanspreekt wanneer dit traject een wending lijkt te nemen waardoor de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen in het gedrang lijken te komen. De beoogd rechter-commissaris dient erop toe te zien dat de beoogd curator deze taak goed vervult (vlg. artikelen 364, eerste lid, 365, tweede lid). Bovendien leidt de voorgestelde regeling er ook toe dat de schuldeisers – door middel van het eindverslag van de beoogd curator (vlg. artikel 366, vierde en vijfde lid) dat ter griffie wordt gedeponeerd en daar ter inzage wordt gelegd – eerder dan nu het geval is kennis kunnen nemen van hetgeen zich heeft voorgedaan in de '*stille voorbereidingsfase*'. Dat vergroot hun kans om achteraf nog invloed uit te

---

3 Zie paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting.

4 Zie bijvoorbeeld het eerste openbaar verslag van mr. Jongepier in het faillissement van de Estro Groep B.V. c.s. waarin hij beschrijft dat hij aanvankelijk enige bedenkingen had bij het op een doorstart uit faillissement gerichte voorbereidingstraject zoals dat door het bestuur van het crèchebedrijf in gang was gezet, maar dat na enige bijsturing toch een verkoop van een belangrijk deel van de onderneming tegen aanvaardbare voorwaarden gerealiseerd kon worden http://www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro__stille_bewindvoering_.pdf.

5 Zie paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting.

oefenen op de besluitvorming van de curator en de rechter-commissaris omtrent een eventuele doorstart.

De aanleiding om nu met de voorgestelde regeling te komen is dat er behoefte is aan een wettelijk kader dat de bestaande '*pre-pack praktijk*' ondersteunt en ertoe bijdraagt dat:
a) wanneer deze praktijk wordt toegepast, de mogelijkheden om de uit het faillissement voortvloeiende schade voor betrokkenen te beperken optimaal worden benut, en
b) wordt voorkomen dat deze praktijk wordt toegepast in gevallen waarvoor deze niet bedoeld is.

De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

b. Waarborgen

i. Beoogd curator

– Onafhankelijkheid

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling over de onafhankelijkheid van de beoogd curator is paragraaf 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangepast en aanzienlijk uitgebreid. Daarbij is meer duidelijkheid verschaft over wat de rol is van de beoogd curator, welke middelen hem ter beschikking staan, hoe hij kan worden ondersteund door de rechtbank en hoe het toezicht van de beoogd rechter-commissaris op het functioneren van de beoogd curator is geregeld.

Wat betreft de rol van de rechtbank wordt het volgende opgemerkt. De Afdeling heeft terecht aangenomen dat de rechtbank fungeert als '*poortwachter*' van de '*stille voorbereidingsfase*'. De rechtbank beslist op het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en bepaalt daarmee of een schuldenaar tot de '*stille voorbereidingsfase*' wordt toegelaten. Anders dan de Afdeling constateerde, eindigt de regierol van de rechtbank daarmee echter niet. Besluit de rechtbank de schuldenaar namelijk toe te laten tot de '*stille voorbereidingsfase*', dan slaat de rechtbank bij aanvang van die fase ook de piketpaaltjes en voert zij tijdens die fase regie. Dit blijkt onder meer uit het volgende.
a) De rechtbank beslist wie beoogd curator wordt (artikel 363, eerste lid) en kan gedurende de '*stille voorbereidingsfase*' besluiten de beoogd curator te vervangen of één of meer beoogd medecuratoren aan te wijzen (artikel 366, eerste lid). De rechtbank bepaalt ook hoe lang de '*stille voorbereidingsfase*' mag duren. Zij kan de '*stille voorbereidingsfase*' op verzoek van de schuldenaar verlengen óf deze fase juist voortijdig beëindigen (artikelen 363, derde lid, en 366, eerste lid, onder a).
b) Verder omlijnt de rechtbank het voorbereidingstraject door in haar beslissing expliciet melding te maken van de '*meerwaarde*' die de '*stille voorbereidingsfase*' volgens de schuldenaar in zijn specifieke situatie heeft en die aanleiding was voor de rechtbank om de schuldenaar tot die fase toe te laten. Hiermee is bij aanvang van de '*stille voorbereidingsfase*' voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk met het oog waarop het voorbereidingstraject is ingezet en bepaalt de rechtbank ook het mandaat van de beoogd curator (artikelen 363, tweede lid, 364, eerste lid, en 365, tweede lid).
c) Ook kan de rechtbank voorwaarden verbinden aan de toewijzing van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. De rechtbank kan dit onder meer doen ter versterking van de positie van de beoogd curator. Zo zou de rechtbank als voorwaarde kunnen stellen dat de schuldenaar akkoord moet gaan met de inschakeling van deskundigen (bijvoorbeeld een marktdeskundige) om de beoogd curator bij te staan bij de uitvoering van zijn taken.[6]
d) Tot slot is het de rechtbank die de op de schuldenaar betrekking hebbende faillissementsaanvraag of eigen aangifte behandelt. Indien aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan, spreekt zij de faillietverklaring uit. Daarmee komt de '*stille voorbereidingsfase*' van rechtswege ten einde (artikel 366, tweede lid). Vervolgens draagt de rechtbank bij aan een soepele overgang van de '*stille voorbereidingsfase*' naar de faillissementsfase. Dit doet zij door de personen die beoogd curator en beoogd rechter-commissaris waren in de '*stille voorbereidingsfase*' in de regel aan te stellen als curator en rechter-commissaris in het faillissement. Ook ziet de rechtbank toe op een goed verloop van de informatieverstrekking aan de schuldeisers en andere betrokkenen bij het faillissement over hetgeen dat kort voor de faillietverklaring in de '*stille voorbereidingsfase*' heeft plaatsgevonden door:
   – het eindverslag van de voormalig beoogd curator (die dan in de regel inmiddels curator is in

[6] De '*stille bewindvoerder*' die werd aangesteld in de aanloop van het faillissement van Schoenenreus B.V. stelde een team samen van advocaten die gespecialiseerd zijn op het gebied van insolventierecht, vennootschapsrecht, arbeidsrecht en huurrecht. Dit team assisteerde hem vervolgens bij het in korte tijd verkrijgen van inzicht in de bedrijfsstructuur, de ondernemingsactiviteiten en de financiële huishouding van de onderneming; http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=01.obr.13.80.F.V.01.



- het faillissement) in ontvangst te nemen om deze vervolgens ter griffie voor een ieder ter inzage te leggen (artikel 366, vierde lid), en
- indien de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator hier aanleiding toe zien, een voorlopige commissie van schuldeisers in te stellen (artikel 74, tweede lid).[7]

Ten aanzien van de beoogd curator merkt de Afdeling terecht op dat wil deze zijn rol goed kunnen vervullen, het van belang is dat hij onafhankelijk kan opereren en dat hij kan beschikken over de daarvoor benodigde informatie. Daarom is in de voorgestelde regeling bepaald dat – hoewel de schuldenaar zijn salaris betaalt (vlg. artikel 367) – de beoogd curator tijdens de '*stille voorbereidingsfase*' niet gehouden is tot opvolging van instructies van de schuldenaar, noch van diens schuldeisers en dat de schuldenaar verplicht is de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die de laatste nodig heeft bij de oefening van zijn taken (artikel 364, tweede en derde lid). Verder kan de beoogd curator, met toestemming van de schuldenaar, ook derden om informatie vragen of deskundigen vragen onderzoek te doen (artikel 364, vierde lid).

Het klopt dat de schuldenaar een belangrijke rol speelt in de informatievoorziening jegens de beoogd curator. Dat de beoogd curator daardoor zijn rol als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers niet goed zou vervullen omdat dit hem te zeer afhankelijk zou maken van de schuldenaar en hij hierdoor te weinig tegenwicht zou kunnen bieden aan de schuldenaar, is echter een misvatting. Wat niet vergeten moet worden, is de reden waarom de beoogd curator betrokken wordt bij het voorbereidingstraject. Het is de schuldenaar die om de aanwijzing van een beoogd curator heeft verzocht met de bedoeling om het mogelijk aanstaande faillissement en een eventuele doorstart voor te kunnen bereiden met de persoon die direct na de faillietverklaring het beheer van de onderneming zal overnemen, zal zorgdragen voor de vereffening van de failliete boedel en in dat kader zal moeten beslissen of hij uitvoering kan geven aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid. Onthoudt de schuldenaar de beoogd curator tijdens de '*stille voorbereidingsfase*' belangrijke informatie of staat hij niet toe dat de beoogd curator in die fase praat met derden – waaronder deskundigen en de partijen van wie het succes van een eventuele doorstart mede afhankelijk kan zijn, zoals potentiële overnamekandidaten, de betrokken financiers, de leveranciers van essentiële goederen en diensten en het personeel dat door de OR of de personeelsvertegenwoordiging wordt vertegenwoordigd – dan loopt de schuldenaar het risico:

a) dat de beoogd curator vanwege het feit dat hij belemmerd wordt in zijn taakuitoefening, de rechtbank zal verzoeken om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator, waarmee de '*stille voorbereidingsfase*' teneinde komt (artikel 366, eerste lid, onder a), of
b) dat de beoogd curator zich op het moment van de faillietverklaring onvoldoende ingevoerd zal voelen, wat het voor hem onmogelijk zal maken om spoedig een beslissing te nemen over een voorbereide doorstart.

Door niet mee te werken of door hiermee niets te doen wanneer de beoogd curator meent dat het voorbereidingstraject enige bijsturing behoeft, schiet de schuldenaar zichzelf dus in de voet. Het feit dat de beoogd curator in de regel curator wordt in het faillissement en in dat kader dus degene is die bepaalt of uitvoering gegeven gaat worden aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid, brengt – te samen met de mogelijkheid de rechtbank te vragen om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator – mee dat het niet zozeer de beoogd curator is die afhankelijk is van de schuldenaar, maar dat het uiteindelijk de schuldenaar is die afhankelijk is van de beoogd curator.[8]

Ook wat betreft het voorgaande is de memorie van toelichting aangevuld.

– Transparantie

In reactie op de vraag van de Afdeling of de '*stille voorbereidingsfase*' de beoogd curator wel voldoende gelegenheid geeft inzicht te krijgen in de onderneming en in de mogelijkheden voor een doorstart, wordt er nogmaals op gewezen dat de aanwijzing er nu juist toe leidt dat de beoogd curator de mogelijkheid krijgt om zich, voordat de hectiek losbarst, alvast op een aanstaand faillissement voor te bereiden. Hierdoor kan de beoogd curator in het faillissement beter functioneren en zal hij na de faillietverklaring direct voortvarend kunnen handelen. Bovendien krijgt de beoogd curator hiermee ook de mogelijkheid invloed uit te oefenen op de wijze waarop het faillissement door de schuldenaar wordt voorbereid.

Concreet betekent de betrokkenheid van de beoogd curator in de voorfase van het faillissement het volgende. De beoogd curator krijgt in de '*stille voorbereidingsfase*' de gelegenheid om – ter voorbereiding van zijn toekomstige rol als curator in het faillissement – werkzaamheden te verrichten die hij

[7] Zie paragraaf 3.3.1 van de memorie van toelichting.
[8] Zie paragraaf 3.3.2 van de memorie van toelichting.

normaliter pas na de faillietverklaring zou kunnen uitvoeren. Zo laat hij zich informeren over de '*ins en outs*' van de onderneming en bestudeert hij in dat kader de boekhouding en overige relevante financiële informatie (waaronder de stukken die bij het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator aan de rechtbank zijn overgelegd), brengt hij het personeelsbestand in kaart en analyseert hij de oorzaken en de gevolgen van de financiële problemen.

Is om de aanwijzing verzocht om de kansen op een doorstart uit faillissement te vergroten, dan controleert de beoogd curator de stappen die daartoe reeds zijn genomen door de schuldenaar en kijkt hij mee wanneer er vervolgstappen worden gezet. Van de beoogd curator wordt verwacht dat hij het verkoopproces, dat in dit geval onderdeel uitmaakt van het voorbereidingstraject, kritisch beoordeelt. Dit houdt in dat hij erop toeziet dat dit proces integer is en dat daarbij binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten. Zoals hierboven al is beschreven zijn in de voorgestelde regeling voorzieningen getroffen om ervoor te zorgen dat de beoogd curator bij de uitoefening van deze taken onafhankelijk kan opereren en dat hij kan beschikken over de daarvoor benodigde informatie. Ook is al opgemerkt dat de beoogd curator hierbij verder ondersteund kan worden door de rechtbank die voorwaarden kan verbinden aan de aanwijzing en daarmee het voorbereidingstraject kan voorzien van randvoorwaarden. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is in de wetstekst onderstreept dat de rechtbank voorwaarden kan stellen a) ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel, b) ter versterking van de positie van de beoogd curator of c) ter behartiging van de belangen van de werknemers van de schuldenaar.

De voorwaarden die de rechtbank stelt, kunnen verder reiken dan de '*stille voorbereidingsfase*' alleen. Wordt het verzoek gedaan in het kader van de voorbereiding van een doorstart en is op dat moment maar één serieuze kandidaat in beeld, dan zou de rechtbank bijvoorbeeld als voorwaarde kunnen stellen dat als dit tijdens de '*stille voorbereidingsfase*' zo blijft, na de faillietverklaring van de voorbereide doorstart eerst een publieke aankondiging zal moeten worden gedaan, voordat deze kan worden geëffectueerd.[9] Door het stellen van deze voorwaarde bestaat het risico dat de hectiek van het faillissement alsnog enige invloed zou kunnen hebben op het succes van de doorstart en daarmee op het behoud van de waarde van en werkgelegenheid binnen de nog rendabele bedrijfsonderdelen. Toch kan het stellen van deze voorwaarde in bepaalde gevallen – vooral waar het een voorbereide doorstart met een '*gelieerde partij*'[10] betreft – gerechtvaardigd zijn. Met het stellen van deze voorwaarde kan de rechtbank ervoor zorgen dat de transparantie rondom de doorstart uit faillissement wordt vergroot en dat twee risico's worden weggenomen; namelijk het risico dat potentiële overnamekandidaten over het hoofd worden gezien en dat hierdoor met de verkoop en doorstart niet het hoogst haalbare resultaat wordt gerealiseerd, alsmede het risico op misbruik van het faillissementsrecht.

ii. Misbruik of oneigenlijk gebruik; meerwaarde

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling hoe voorkomen kan worden dat de voorgestelde regeling zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen wordt het volgende opgemerkt.

Zoals hierboven reeds is beschreven kan met de aanwijzing van een beoogd curator indirect ook een bijdrage worden geleverd aan de bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van het faillissementsrecht. Dit eenvoudigweg doordat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris al voor de faillietverklaring betrokken zijn en in dit kader waardevolle informatie kunnen vergaren. Dit neemt echter niet weg dat de Afdeling terecht heeft opgemerkt dat de waarborgen die in de voorgestelde regeling waren opgenomen om misbruik van de regeling te voorkomen verder konden worden aangescherpt. Gelet hierop is in de eerste plaats het '*meerwaarde-criterium*' nader ingevuld. Thans is in artikel 363, eerste lid, bepaald dat de rechtbank de schuldenaar alleen zal toelaten tot de '*stille voorbereidingsfase*' als het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator voldoet aan de in de wet opgenomen eisen en de schuldenaar er bovendien in slaagt aannemelijk te maken dat een scenario waarin het mogelijk aanstaande faillissement in stilte wordt voorbereid in de desbetreffende specifieke situatie voor betrokkenen een dusdanige meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van het

---

9 In het faillissement van Grafisch Centrum Vanderheym – dat in stilte werd voorbereid – is kort na de faillietverklaring ten behoeve van een doorstart door de curator een overeenkomst gesloten met een doorstartende partij onder de ontbindende voorwaarde dat bij de curator geen hogere biedingen zouden binnenkomen. De curator heeft vervolgens een biedingsprocedure uitgeschreven en de voor een eventuele doorstart geïnteresseerde partijen die zich na de faillietverklaring bij hem hadden gemeld, uitgenodigd een bieding te doen op de onderneming. Dit leidde uiteindelijk niet tot een beter bod. Zie voor een verdere omschrijving van het proces het verslag van de curator: http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=10.rot.14.327.F.V.01.

10 Prof. mr. J.J. van Hees beschrijft een doorstart met een '*gelieerde partij*' als een situatie waarin de bedrijfsonderdelen na faillissement in een andere juridische identiteit worden voortgezet en bij de doorgestarte onderneming dezelfde personen (bijvoorbeeld de '*oude*' aandeelhouder en/of het '*oude*' management) aan het roer blijken te staan als het geval was bij de gefailleerde onderneming. (Prof. mr. J.J. van Hees, '*Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?*', Ondernemingsrecht 2014/79.)

faillissement en, indien aan de orde, het bereiken van een doorstart uit dat faillissement, dat dit te verkiezen is boven het scenario – en de daarbij behorende mogelijkheden en waarborgen – van een regulier (onvoorbereid) faillissement.

Om het risico op oneigenlijk gebruik van de regeling en misbruik van het faillissement verder in te dammen, zijn in de artikelen II, onderdeel A, en III voorts twee nieuwe bepalingen opgenomen. Deze bepalingen leiden ertoe dat in de artikelen 2:138 lid 1 en 248 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek zal worden bepaald dat wanneer in de '*stille voorbereidingsfase*' of tijdens het daarop volgende faillissement blijkt dat de bestuurders of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming in hun verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator onjuiste informatie hebben verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement met het oogmerk het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken, aangenomen wordt dat zij hun taken onbehoorlijk hebben vervuld en vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hiermee wordt het eenvoudiger om de schade die het gevolg is van het oneigenlijk gebruik van de '*stille voorbereidingsfase*' te verhalen op de bestuurders of de feitelijk leidinggevenden. Verder zal het voor de curator in het op de '*stille voorbereidingsfase*' volgende faillissement en voor het openbaar ministerie – na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod – op basis van artikel 106a, eerste lid, onderdeel f, Fw mogelijk worden om de rechter te verzoeken deze personen in dat geval een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen.

iii Concurrentievervalsing

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling waarom het risico op concurrentieverstoring bij een voor de faillietverklaring voorbereide doorstart kleiner is dan bij een '*klassieke (onvoorbereide) doorstart*' uit faillissement wordt aangetekend dat wanneer een doorstart na faillissement plaatsvindt, dit altijd enig concurrentievervalsend effect mee zal brengen. Dit komt omdat de nog renderende bedrijfsonderdelen als het ware uit het faillissement worden gelicht en de schuldenlast daar achterblijft. Hier staat dan wel tegenover dat de opbrengst van de verkoop van de bedrijfsonderdelen in het faillissement terugvloeit. De bedrijfsonderdelen starten na de verkoop uit het faillissement met '*een schone lei*' door onder een nieuwe eigenaar. Concurrenten daarentegen zullen hun schulden zelf moeten blijven dragen. Dit concurrentievervalsende effect is echter minder groot naar mate de prijs bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen beter is en minder wordt beïnvloed door de negatieve publiciteit die een faillissement altijd met zich brengt. De nieuwe eigenaar zal dan immers meer moeten investeren, wil hij de bedrijfsonderdelen kunnen overnemen. Met de voorbereiding van een doorstart uit faillissement onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris kan bereikt worden dat bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen uit faillissement een betere prijs kan worden bedongen. De Radboud Universiteit heeft onlangs in samenwerking met BDO Consultants een verkennend onderzoek uitgevoerd naar de effecten van de huidige '*pre-pack praktijk*' op de hoogte van de boedelopbrengst. Naar verluidt gaan de onderzoekers er op basis van hun eerste bevindingen vanuit dat bij de huidige praktijk sprake is van een meeropbrengst voor de boedel die varieert van 10 tot 30%.[11] Daarmee is het concurrentievervalsende effect bij een op die wijze voorbereide doorstart niet weggenomen, maar wel beduidend kleiner dan bij een doorstart uit een regulier faillissement.

c. Analyse doorstarts

Het advies van de Afdeling om de toelichting aan te vullen met een analyse van de doorstarts die op basis van de huidige praktijk reeds hebben plaatsgevonden is opgevolgd. Begin 2015 heeft mr. J.R. Hurenkamp de resultaten gepubliceerd van een empirisch onderzoek dat hij heeft verricht naar achtenveertig faillissementen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarin de huidige '*pre-pack praktijk*' werd toegepast.[12] Het empirisch onderzoek bestond enerzijds uit een analyse van de in de desbetreffende faillissementen uitgebrachte faillissementsverslagen en anderzijds uit een analyse van interviews, afgenomen bij in totaal twintig (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten van schuldenaren die eerder hebben meegewerkt aan een '*pre-pack*'. Voorts heeft mr. Hurenkamp in zijn boek de resultaten van zijn onderzoek afgezet tegen de relevante bepalingen in het voorontwerp voor de WCO I. De onderzoeksresultaten van mr. Hurenkamp geven mooi weer hoe en waar de voorgestelde wettelijke regeling de huidige praktijk kan ondersteunen. Het onderzoek is daarmee een waardevolle bron van informatie in het kader van dit wetsvoorstel. Daarom wordt in paragraaf 2.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel expliciet naar de resultaten van het onderzoek verwezen.

---

[11] Zie '*Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst*', Het Financieel Dagblad, 7 juli 2014.

[12] Mr. J.R. Hurenkamp, '*De pre-pack in de praktijk'; Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*', Celsus juridische uitgeverij, Amersfoort, 2014; J.R. Hurenkamp, '*Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk*', TvI 2015/20.



2. Toezicht van de raad van commissarissen

In navolging van de opmerking van de Afdeling dat de Raad van Commissarissen (RvC) betrokken zou moeten worden bij de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator, is aan de voorgestelde regeling een nieuw artikel II, onderdeel B, toegevoegd. Hierin is bepaald dat de artikelen 2:164, lid 1, onder i en 2:274, lid 1, onder i van het Burgerlijk Wetboek zullen worden gewijzigd, opdat het bestuur van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap goedkeuring van de RvC, zo die er is, moet verkrijgen voordat zij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kan indienen.

3. Wettelijke regeling van normen die meerwaarde bepalen

De opmerkingen van de Afdeling ten aanzien van het '*meerwaarde-criterium*', hebben aanleiding gegeven dit criterium nader in te vullen. Voorst is ook artikel 363, tweede lid, aangepast. Hierin wordt nu bepaald dat de rechtbank in haar beslissing expliciet melding zal moeten maken van de meerwaarde die de '*stille voorbereidingsfase*' volgens de schuldenaar in zijn specifieke situatie heeft. Daarmee is bij aanvang van die fase voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk met het oog waarop het voorbereidingstraject is ingezet en bepaalt de rechtbank ook het mandaat van de beoogd curator. Bovendien leidt dit ertoe dat het '*meerwaarde-criterium*' in de jurisprudentie een verdere uitwerking kan krijgen.

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen. Tevens is de toelichting geactualiseerd.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur.



Advies Raad van State

No. W03.14.0221/II
's-Gravenhage, 6 oktober 2014

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 8 juli 2014, no. 2014001353, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), met memorie van toelichting.

Volgens het voorstel kan de rechtbank op verzoek van een schuldenaar voor wie faillissement dreigt een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aanwijzen, mits aannemelijk is dat een dergelijke aanwijzing meerwaarde heeft. Doel van deze aanwijzing is om in relatieve rust een mogelijk aankomend faillissement van een onderneming te kunnen voorbereiden en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming tegen een zo hoog mogelijke prijs te vergroten (ten behoeve van een doorstart). De mogelijkheid van een dergelijke 'stille fase' waarin een faillissement zo goed mogelijk wordt voorbereid wordt al door acht van de elf rechtbanken toegepast. Hiervoor bestaat echter geen wettelijke grondslag. Daarnaast zijn er verschillen in de wijze waarop deze rechtbanken deze praktijk uitvoeren. Het voorstel beoogt een uniform kader te geven voor alle rechtbanken.[1]

De Afdeling zet vraagtekens bij de opportuniteit van het voorstel, omdat de mogelijke risico's van het voorstel in de vorm van misbruik of oneigenlijk gebruik van deze rechtsfiguur en van het over het hoofd zien van andere gegadigden onvoldoende worden ondervangen door de voorgestelde waarborgen van de benoeming van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris door de rechtbank, en van de aannemelijkheid van de meerwaarde van een aanwijzing bij een dreigend faillissement. Van belang is of zodanige voorwaarden aan de toepassing van deze rechtsfiguur kunnen worden verbonden dat de hiervoor genoemde risico's redelijkerwijs kunnen worden voorkomen. De Afdeling is van oordeel dat de risico's van deze nieuwe rechtsfiguur onvoldoende worden ondervangen door de voorgestelde waarborgen. Zij is van oordeel dat het wetsvoorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.

1. Opportuniteit; waarborgen

a. Inleiding

Blijkens de toelichting sluit de regeling aan bij een praktijk die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en inmiddels door acht van de elf rechtbanken wordt toegepast. Hiermee zijn ervaringen in de praktijk opgedaan die ondersteund worden door het bieden van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag en het verschaffen van meer duidelijkheid over de rol, taken en bevoegdheden van de beoogd curator en de voorwaarden voor een aanwijzing van deze persoon.[2]

De toelichting stelt dat de 'stille fase' gebruikt kan worden om een doorstart te bewerkstelligen. Hierdoor kan een zo hoog mogelijke verkoopprijs worden gerealiseerd en wordt de kans op verkoop van de rendabele onderdelen van de onderneming met behoud van werkgelegenheid vergroot. Er is een dubbel doel. Ten eerste leidt dit tot een zo hoog mogelijke opbrengst in het belang van de schuldeisers. Ten tweede kunnen de onderneming en de daaruit voortvloeiende werkgelegenheid behouden blijven. In de 'stille fase' heeft de beoogd curator gelegenheid in relatieve rust te bezien of en op welke wijze hij na faillissement tot zo'n doorstart kan beslissen, voordat de in de toelichting beschreven onbeheersbare en oncontroleerbare situatie van het faillissement intreedt.[3] Op deze wijze kunnen ook de belangen van de crediteuren al eerder in aanmerking worden genomen.[4]

De Afdeling onderkent dat het betrekken van een beoogd curator met toezicht van een beoogd rechter-commissaris in de voorbereiding van een faillissement voordelen kan bieden. Het risico bestaat evenwel dat schuldenaren de voorgestelde 'stille fase' oneigenlijk zullen gebruiken. De

---

1 Toelichting, paragraaf 2, Doel van het wetsvoorstel.
2 Toelichting, paragraaf 1, Inleiding.
3 Toelichting, paragraaf 2, Doel van het wetsvoorstel.
4 Toelichting, paragraaf 4, Belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

schuldenaar zou de procedure kunnen gebruiken om op oneigenlijke wijze schulden te saneren, teneinde in een krappe markt hiermee voordeel te behalen ten opzichte van zijn concurrenten of de ontslagbescherming van medewerkers te omzeilen. Een dergelijke toepassing van de voorgestelde procedure kan daarom tot situaties leiden waarin de belangen van schuldeisers, werknemers of concurrerende ondernemingen worden geschaad. Veel van de schuldeisers hoeven zich onder de voorgestelde regeling voorts niet bewust te zijn dat er sprake is van een aanstaand faillissement. Doordat de doorstart in stilte wordt voorbereid, is een transparante verkoop met meer gegadigden zeer lastig en kunnen andere ondernemingen die een serieus overnamebod zouden willen doen over het hoofd worden gezien. 'Handjeklap' moet evenwel voorkomen worden.

b. Waarborgen

In de toelichting wordt aandacht besteed aan bovenstaande risico's tegen het gebruik van een 'stille fase'. Daarbij wordt ingegaan op de onafhankelijkheid van de beoogd curator, de vraag of het voorstel zal leiden tot meer doorstarts op oneigenlijke gronden, de vraag of sprake kan zijn van concurrentievervalsing en hoe om te gaan met het gebrek aan transparantie.[5]

De met het oog op deze risico's gecreëerde waarborgen betreffen in het bijzonder de beoordeling van een verzoek tot aanwijzing door de rechtbank, de voorwaarde van aannemelijkheid van de meerwaarde van een aanwijzing, alsmede een onafhankelijke beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris.

De Afdeling merkt het volgende op.

i. Beoogd curator

Anders dan in het Verenigd Koninkrijk stelt niet de schuldenaar een beoogd curator aan, maar wijst de rechtbank de beoogd curator alsmede een beoogd rechter-commissaris aan. De toelichting spreekt in dit verband van 'regie van de rechtbank'. De aanwijzing heeft in principe de korte termijn van veertien dagen. De schuldenaar betrekt de beoogd curator bij de voorbereiding van het mogelijke faillissement. Hij verschaft hem gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen.[6] De beoogd curator behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.[7] Die belangen prevaleren boven mogelijke maatschappelijke belangen, zoals die van de openbare orde en veiligheid of van het behoud van werkgelegenheid.[8] De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op de beoogd curator.

De Afdeling gaat in op twee aspecten van de positie van de beoogd curator, te weten zijn onafhankelijkheid en zijn rol in verband met het gebrek aan transparantie van de 'stille fase'.

– Onafhankelijkheid

De Afdeling merkt op dat weliswaar de rechtbank de beoogd curator, als aan de gestelde voorwaarden is voldaan, aanwijst, maar daarmee houdt de regie van de rechtbank op. Voor eventuele verlenging of voor de intrekking van de aanwijzing is de rechtbank afhankelijk van een verzoek. Niet alleen de rechtbank, maar ook de beoogd curator is voor zijn betrokkenheid bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement afhankelijk van de informatie die hij van de schuldenaar ontvangt. In het geval van een grotere onderneming zal het ingewikkelde proces van een doorstart vaak al vergaand zijn voorbereid. De beoogd curator zal daaromtrent zeer grote hoeveelheden informatie ontvangen. Het is de vraag of in die situaties de beoogd curator in betrekkelijk korte tijd de mogelijkheid heeft te doorzien of de reeds voorbereide doorstart de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient. Voorts is de vraag hoe wordt voorkomen dat het betrekken van de beoogd curator verandert in het meetrekken van de beoogd curator in wat de schuldenaar beoogt. Tijd en gelegenheid voor een 'quick scan' van de markt waarin de desbetreffende onderneming opereert, de positie in de markt ten opzichte van concurrerende ondernemingen of de vooruitzichten op langere termijn, zijn er nauwelijks. Daarbij komt dat de beoogd curator niet zonder toestemming van de schuldenaar van derden inlichtingen kan vragen.[9] Van 'relatieve rust' waarbinnen de beoogd curator zou opereren, kan nauwelijks worden gesproken. Het toezicht op de beoogd curator van de beoogd rechter-commissaris kan in dit opzicht enige waarborg bieden, maar de vraag is of onder de hoge druk waarin het (mogelijke) faillissement en de doorstart wordt voorbereid, van dat toezicht veel verwacht mag worden.

---

5 Toelichting, paragraaf 4, Belangen van de gezamenlijke schuldeisers.
6 Artikel 364, derde lid.
7 Artikel 364, eerste lid.
8 Toelichting, artikelsgewijs onderdeel H, artikel 363, eerste lid, tweede zin.
9 Artikel 364, vijfde lid.

Weliswaar zal de beoogd curator bij benoeming onafhankelijk zijn, maar de vraag is of hij als 'beoogd' curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn onafhankelijkheid in de voldoende mate kan behouden. Hij is immers degene die beoogd is om als curator in het faillissement de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over te nemen. De schuldenaar heeft er alle belang bij om hem de beslissing tot doorstart te laten nemen die de schuldenaar wil. Of het toezicht van de beoogd rechter-commissaris daaraan voldoende tegenwicht kan bieden, valt te betwijfelen. Daarbij komt dat de beoogd curator nauwelijks middelen heeft om in de betrokkenheid bij de voorbereiding van de doorstart de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te bewaken. Hij kan slechts dreigen met een verzoek om de aanwijzing in te trekken.[10] Dat is een uiterst middel.

– Transparantie

Risico van de onttrekking aan de openbaarheid van de voorbereiding van een doorstart is het over het hoofd zien van andere gegadigden die een serieus overnamebod zouden willen doen. De toelichting noemt in hoofdzaak twee argumenten in verband met het gebrek aan transparantie.

In de eerste plaats stelt de toelichting dat ook nu in faillissement doorstarts plaatsvinden en dat crediteuren ook nu maar beperkte tijd en middelen hebben om invloed uit te oefenen op de wijze waarop de curator tot verkoop van de onderneming overgaat. Zij kunnen op basis van artikel 69 Faillissementswet opkomen tegen de transactie bij de rechter-commissaris.[11] De Afdeling merkt hierover op dat het faillissement en de afwikkeling daarvan in de openbaarheid plaatsvinden en dat de schuldeisers middelen hebben om het handelen van de curator bij de rechter-commissaris aan de orde te stellen. Daarmee is de situatie van faillissement niet te vergelijken met die van de voorgestelde 'stille fase' buiten faillissement.

Voorts wordt in de toelichting opgemerkt dat het risico dat andere gegadigden over het hoofd worden gezien, wordt ondervangen doordat de voorbereiding van de verkoop van de bedrijfsonderdelen plaatsvindt onder toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. De ondoorzichtigheid van de 'stille fase' moet worden gecompenseerd door het toezicht van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris alsmede door verslag van de beoogd curator achteraf. De vraag of het risico van het over het hoofd zien van andere gegadigden voldoende wordt ondervangen, hangt daarmee samen met de positie van de beoogd curator. Daarop is hierboven reeds ingegaan.

De Afdeling betwijfelt op grond van het voorgaande of de beoogd curator in de in principe korte periode dat deze inzicht krijgt in de reeds in voorbereiding zijnde doorstart na faillissement voldoende gelegenheid heeft om inzicht te krijgen in het geheel van zaken dat rond de onderneming speelt. Voorts is er een reëel risico dat andere gegadigden voor een doorstart over het hoofd zullen worden gezien. Verder betwijfelt de Afdeling of de onafhankelijkheid van degene die beoogd is om curator te worden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers voldoende gewaarborgd is.

ii. Misbruik of oneigenlijk gebruik; meerwaarde

De toelichting spreekt de verwachting uit dat het wetsvoorstel niet zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen.[12] Daarvoor worden twee redenen aangevoerd. In de eerste plaats brengt het wetsvoorstel geen wijziging in de geldende regel dat de aangifte van een faillissement misbruik van bevoegdheid kan opleveren, bijvoorbeeld wanneer deze als enig doel heeft van de verplichtingen jegens werknemers af te komen. Bij het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator kan de rechtbank vragen stellen. Als het er de schijn van heeft dat de schuldenaar langs de weg van faillissement een snelle sanering wenst te bewerkstelligen, kan de rechtbank het verzoek afwijzen, zo stelt de toelichting.

De tweede reden waarom voor misbruik of oneigenlijk gebruik niet behoeft te worden gevreesd, betreft de voorwaarde dat een aanwijzing 'meerwaarde' moet hebben in het kader van de afwikkeling van een faillissement of de vergroting van de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen tegen een zo hoog mogelijke prijs.[13] De schuldenaar moet de meerwaarde aannemelijk maken. Het verzoek wordt toegewezen als de rechtbank 'summierlijk van feiten en omstandigheden blijkt, die de bedoelde meerwaarde aantonen'.[14] Het gaat om een kort, maar kritisch onderzoek.[15] Daarvoor zal de schuldenaar ook de nodige documenten moeten overleggen. Over de aard en omvang van de documenten noch over de waardering daarvan zeggen tekst en toelichting iets. Dat wordt overgelaten aan de

[10] Artikel 366, eerste lid.
[11] Toelichting, paragraaf 4, laatste tekstblok.
[12] Toelichting, paragraaf 4, derde tekstblok.
[13] Artikel 363, eerste lid, tweede volzin.
[14] Artikel 363, tweede lid.
[15] Toelichting, artikelsgewijs, onderdeel H, artikel 363, tweede lid.

rechters-commissarissen in faillissement die een vragenlijst ontwikkelen.[16]

De Afdeling wijst op artikel 5, vierde lid, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001.[17] Daarin is bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. Artikel 5, eerste lid, van deze richtlijn bepaalt dat de artikelen 3 en 4 van de richtlijn over het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen niet van toepassing zijn op – kort gezegd – een overgang, wanneer de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, tenzij de lidstaten anders bepalen. Artikel 5, eerste lid, van de richtlijn is in artikel 7:666 lid 1 BW omgezet. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de uitzondering om anders te bepalen. In het licht van artikel 7:666 lid 1 BW is het eens te meer van belang dat, wanneer de doorstart in het faillissement na de 'stille fase' plaatsvindt en de rechten van werknemers niet behouden blijven, misbruik van insolventieprocedures wordt voorkomen.

De Afdeling merkt op dat beide hierboven genoemde argumenten waarom het voorstel niet zal leiden tot misbruik of oneigenlijk gebruik, staan of vallen met de informatie en die de rechtbank krijgt en zijn waardering daarvan. Daarbij gaat het niet alleen om de aard van de te verschaffen informatie, maar ook om de waardering van de verschafte informatie en de weging van de verkregen informatie van uiteenlopend karakter ten opzichte van elkaar. De rechtbank is daarbij afhankelijk van de door de schuldenaar verschafte informatie. Het is de vraag of de rechtbank op basis van de verschafte informatie kan bepalen dat het gaat om een schijnfaillissement. Bij aangifte van een faillissement valt dat in het algemeen nu al moeilijk vast te stellen. Voorts rijst de vraag of de rechtbank de schuldenaar al snel het voordeel van de twijfel zal geven dat de aanwijzing van de beoogd curator meerwaarde heeft. Het door de rechtbank te verrichten onderzoek is immers summierlijk.

De Afdeling is dan ook van oordeel dat bij de in de toelichting geuite verwachting dat het wetsvoorstel niet zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen, grote vraagtekens moeten worden gezet, mede gelet op de eis die voortvloeit uit artikel 5, vierde lid van richtlijn 2001/23/EG.

iii. Concurrentieverstoring

In een krappe markt met veel concurrenten kan het voordelig zijn via een faillissement snel zowel de schulden te saneren als werknemers te laten afvloeien. Concurrentieverstoring via aanwijzing van een beoogd curator behoort tot de mogelijkheden. De toelichting noemt dit probleem. Zij spreekt van concurrentievervalsing.[18] De toelichting stelt dat in de consultatie over het voorontwerp door de Nederlandse Vereniging van Banken is opgemerkt dat het risico op concurrentievervalsing bij een onder toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voorbereide verkoop en daarop volgende doorstart kleiner is dan bij een 'klassieke doorstart' uit faillissement. Dit komt omdat bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen bij de koper een aanzienlijk betere prijs kan worden bedongen. De koper/'doorstarter' zal dus meer moeten investeren, wil hij de bedrijfsonderdelen overnemen.[19]

De Afdeling wijst erop dat in het consultatiedocument van VNO/NCW en MKB Nederland onder andere is voorgesteld om ter indamming van de risico's verbonden aan de rechtsfiguur van de 'stille fase' als voorwaarde aan de aanwijzing te verbinden dat deze niet zal leiden tot een ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen. Het is de Afdeling opgevallen dat niet wordt ingegaan op dit voorstel van VNO/NCW en MKB Nederland, maar alleen het standpunt van de NVB wordt onderschreven. Een overtuigende motivering van de regering waarom het risico van concurrentieverstoring kleiner is dan in faillissement ontbreekt.

c. Analyse doorstarts

Bij al het voorgaande mist de Afdeling in de toelichting inzicht in het aantal gevallen tot nu toe waarin een rechtbank een beoogd curator heeft aangewezen en in het aantal gevallen waarin dit heeft geleid

---

16 De Afdeling heeft kennis genomen van een bij het consultatiedocument van Insolad gevoegde bijlage die – naar de Afdeling begrijpt – de door de rechtbank Rotterdam gebruikte uitgebreide vragenlijst bevat. De vragen variëren van deponering van de laatste drie jaarrekeningen tot de liquiditeitsprognose op korte termijn, mogelijke taxatierapporten ter voorbereiding van een activatransactie, wat tot op heden is gedaan aan marktverkenning, of wat het relevante werknemersbelang is.

17 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, Pb EG L82/16.

18 Toelichting, paragraaf 4, derde en vierde tekstblok.

19 Toelichting, paragraaf 4, vierde tekstblok.

tot een succesvolle doorstart.[20] Voorts is van belang of een dergelijke doorstart ook op de wat langere termijn houdbaar blijkt of dat alsnog een faillissement van de doorstart volgt. Ook de gevallen waarin geen of geen succesvolle doorstart heeft plaatsgevonden, worden niet vermeld noch de redenen daarvoor. Deze gegevens zijn van belang voor de beoordeling van de vraag of de wetgever de rechtsfiguur van de 'stille fase' met beoogd curator wettelijk zou moeten vormgeven en zo ja, onder welke voorwaarden. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.

d. Conclusie

Aan de voorgestelde regeling zijn risico's verbonden ten aanzien van het behoud van onafhankelijkheid van de beoogd curator, het over het hoofd zien van andere gegadigden voor een doorstart, misbruik of oneigenlijk gebruik van deze nieuwe rechtsfiguur. De in het voorstel gecreëerde waarborgen tegen deze risico's in de vorm van een beoordeling van het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator door de rechtbank, aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris en de voorwaarde van aannemelijkheid van de meerwaarde van de aanwijzing bij dreigend faillissement acht de Afdeling onvoldoende om de geschetste risico's te ondervangen. Daarbij betrekt de Afdeling ook de opdracht tot het treffen van maatregelen om misbruik van insolventieprocedures te voorkomen uit artikel 5, vierde lid, van richtlijn 2001/23/EG. De Afdeling adviseert dan ook in het bijzonder de voorwaarde van aannemelijkheid van de meerwaarde en de positie van de beoogd curator te heroverwegen. Aanscherping van de waarborgen is naar het oordeel van de Afdeling nodig om de risico's die aan de voorgestelde regeling kleven, in te dammen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

2. Toezicht van de raad van commissarissen

De toelichting gaat niet in op de vraag of het bestuur van een NV of BV goedkeuring van een raad van commissarissen (RvC), zo die er is, moet verkrijgen voordat het een verzoek om aanwijzing doet. De Afdeling wijst erop dat op grond van de artikelen 2:164, lid 1, onder i en 2:274, lid 1, onder i van het Burgerlijk Wetboek de RvC goedkeuring moet verlenen voor een besluit van het bestuur tot aangifte van faillissement en een aanvraag van surseance van betaling. Het ligt in de rede en het is naar het oordeel van de Afdeling ook gewenst dat deze goedkeuring zich ook uitstrekt tot het besluit om bij de rechtbank om aanwijzing van een beoogd curator te verzoeken. Reden daarvoor is dat het verzoek tot het aanwijzen van een beoogd curator slechts bij dreiging van faillissement tot de mogelijkheden behoort. Voor zover het besluit tot een verzoek om aanwijzing van een beoogd curator niet onder de thans vereiste goedkeuring van een besluit tot aangifte van een faillissement kan worden begrepen, adviseert de Afdeling dit uitdrukkelijk te bepalen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

3. Wettelijke regeling van normen die meerwaarde bepalen

Het voorstel is een kaderregeling die, blijkens de toelichting, rechtbanken de ruimte biedt om ten aanzien van de in het verzoekschrift te betrekken informatie een gezamenlijk beleid te ontwikkelen.[21] De Raad voor de rechtspraak heeft aangekondigd dat het landelijk overleg van rechters-commissaris hiervoor een vragenlijst zal ontwikkelen.[22] De Afdeling merkt op dat de aannemelijkheid van de meerwaarde van een aanwijzing een wezenlijk element van de voorgestelde wettelijke regeling vormt, mede gelet op de risico's die de nieuwe rechtsfiguur van de 'stille fase' meebrengt. In dat licht moet naar het oordeel van de Afdeling de kern van wat de meerwaarde omvat wettelijk geregeld worden en kan vervolgens nadere uitwerking plaatsvinden bij algemene maatregel van bestuur. Dit dient de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.

De Afdeling adviseert het voorstel met inachtneming van het bovenstaande aan te passen.

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te

---

[20] De Afdeling merkt op dat over doorstarts na een 'stille fase' met daarop volgend faillissement reeds verschillende procedures worden gevoerd.

[21] Toelichting, Artikelsgewijs, onderdeel H, artikel 363, lid 2.

[22] Advies van de Raad voor de rechtspraak van 5 februari 2014 over het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I.



zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner.



Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.14.0221/II

- In het voorgestelde artikel 364, eerste lid, Faillissementswet het eerste woord ‘noch’ schrappen en ‘meerdere’ vervangen door: meer.
- In het voorgestelde artikel 366, eerste lid, Faillissementswet ‘stelt’ vervangen door: roept.
- In het voorgestelde artikel 366, vierde lid, Faillissementswet voor de zinsnede ‘voor zover de aangifte’ invoegen: slechts. Voorts de woorden ‘dan wel van’ vervangen door: dan wel.



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is in de Faillissementswet een regeling te treffen waarbij de rechtbank de mogelijkheid wordt geboden om voorafgaand aan een eventueel faillissement een beoogd curator aan te wijzen.

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Faillissementswet wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3b wordt een artikel opgenomen, luidende:

Artikel 3c

Wordt een verzoek tot faillietverklaring ingediend, terwijl sprake is van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan stelt de rechtbank de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator en de schuldenaar hiervan onverwijld in kennis.

B

In artikel 5, eerste lid, wordt ‘198 en 206,’ vervangen door: 206 en 363, eerste lid.

C

Artikel 6 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid wordt in de eerste zin ‘worde’ vervangen door ‘wordt’ en wordt na de tweede zin toegevoegd: Is in de drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring sprake geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan roept de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator op teneinde te worden gehoord. Is er sinds de beëindiging van de aanwijzing meer tijd verstreken dan de in de vorige zin genoemde drie maanden, dan kan de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator oproepen teneinde te worden gehoord.

2. Er wordt een nieuw lid toegevoegd, luidende:

5. Is in de drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring sprake geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan wordt dit in het vonnis van de faillietverklaring vermeld. Is er sinds de beëindiging van de aanwijzing meer tijd verstreken dan de in de vorige zin genoemde drie maanden, dan kan de rechtbank besluiten de aanwijzing in het vonnis van de faillietverklaring te vermelden.

D

Na artikel 14 wordt een artikel opgenomen, luidende:

Artikel 14a

Is in de drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring sprake geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan stelt de rechtbank de als beoogd curator aangewezen persoon of personen aan als curator en benoemt zij het als beoogd



rechter-commissaris aangewezen lid van haar rechtbank als rechter-commissaris in het faillissement, tenzij de rechtbank redenen aanwezig acht om een andere curator aan te stellen dan wel een andere rechter-commissaris te benoemen.

E

Artikel 215 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het tweede lid wordt 'artikel 6, eerste lid, derde zin, en vierde lid' vervangen door: artikel 6, eerste lid, derde zin, vierde lid en vijfde lid.

3. Na het tweede lid worden twee leden toegevoegd, luidende:

Is in de drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag van de surseance sprake geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan benoemt de rechtbank de bij die aanwijzing als beoogd curator aangewezen persoon of personen als bewindvoerder, tenzij de rechtbank redenen aanwezig acht om een andere bewindvoerder te benoemen.

4. Is in de drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag sprake geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan roept de rechtbank, alvorens beslist wordt omtrent het definitief verlenen van de gevraagde surseance, de bij die aanwijzing als beoogd rechter-commissaris en beoogd curator aangewezen personen op teneinde op het verzoekschrift te worden gehoord. Is er sinds de beëindiging van de aanwijzing meer tijd verstreken dan de in de vorige zin genoemde drie maanden, dan kan de rechtbank de in die zin genoemde personen oproepen teneinde te worden gehoord.

F

Aan het slot van artikel 218, zevende lid, wordt toegevoegd: Is in de drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag van surseance sprake geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan wordt dit vermeld in de beschikking.

G

Artikel 223a wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding '1.' geplaatst.

2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Is in de drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag van surseance sprake geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, dan benoemt de rechtbank het bij die aanwijzing als beoogd rechter-commissaris aangewezen lid van haar rechtbank als rechter-commissaris, tenzij de rechtbank redenen aanwezig acht om een andere rechter-commissaris te benoemen.

H

Na artikel 362 wordt opgenomen een nieuwe titel IV, getiteld: TITEL IV «Buiten faillissement en surseance van betaling» en luidend als volgt:

EERSTE AFDELING Aanwijzing van een beoogd curator

Artikel 363

1. Op verzoek van een schuldenaar die in een situatie dreigt te raken waarin hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, kan de rechtbank die ingevolge artikel 2 bevoegd zou zijn de schuldenaar in staat van faillissement te verklaren, een of meer personen aanwijzen die in geval van failletverklaring zullen worden aangesteld als curator. De schuldenaar dient aannemelijk te maken dat de aanwijzing een meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van een eventueel faillissement of de vergroting van de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming tegen een zo hoog mogelijke koopprijs.

2. Het verzoek wordt ingediend ter griffie en met de meeste spoed in raadkamer behandeld. De rechtbank gaat over tot de aanwijzing indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of

omstandigheden, welke aantonen dat zich een situatie voordoet als bedoeld in het eerste lid.

3. Aan de aanwijzing, bedoeld in het eerste lid, stelt de rechtbank een termijn van ten hoogste twee weken. Deze termijn kan op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank verlengd worden met een door haar te bepalen termijn. Een verzoek tot verlenging van de termijn wordt voor het verstrijken van de daaraan voorafgaande termijn door de schuldenaar gedaan en wordt door de rechtbank behandeld op dezelfde wijze als een verzoek als bedoeld in het eerste lid. Alvorens op het verzoek tot verlenging van de termijn te beslissen roept de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator op teneinde te worden gehoord. Voor de indiening van een verzoek tot verlenging van de termijn is geen griffierecht verschuldigd.

4. De rechtbank kan aan de aanwijzing, bedoeld in het eerste lid, dan wel aan de verlenging van de termijn, bedoeld in het derde lid, zodanige voorwaarden verbinden als zij ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel nodig oordeelt.

5. De rechtbank kan ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator en de door hem geraadpleegde derden dan wel de door hen in rekening te brengen kosten, bedoeld in artikel 367, aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden.

6. Een regeling, statutair dan wel tussen aandeelhouders en de rechtspersoon overeengekomen, die inhoudt dat de indiening van een verzoek als bedoeld in het eerste lid de goedkeuring behoeft van de algemene vergadering, is nietig.

7. Een aanwijzing als bedoeld in het eerste lid wordt niet gedaan indien de verzoeker een natuurlijke persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch indien de verzoeker een bank is als bedoeld in artikel 212g, eerste lid, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213.

8. Tegen een beschikking op een verzoek als bedoeld in het eerste en het derde lid staat geen rechtsmiddel open.

Artikel 364

1. De beoogd curator wordt ter verwezenlijking van het doel, bedoeld in artikel 363, eerste lid, tweede zin, met het oog waarop de schuldenaar om de aanwijzing heeft verzocht, betrokken bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement en behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar.

2. De beoogd curator is noch gehouden tot opvolging van instructies van de schuldenaar, noch van een of meerdere van diens schuldeisers.

3. De schuldenaar verschaft de beoogd curator gevraagd en ongevraagd en, voor zover aan de orde op de wijze als daarbij is bepaald, alle inlichtingen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn rol of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen dat deze in dat kader van belang zijn.

4. De beoogd curator deelt de door de schuldenaar ingevolge het derde lid verschafte informatie niet met anderen dan de beoogd rechter-commissaris of de rechtbank, dan nadat hij hiertoe toestemming heeft verkregen van de schuldenaar.

5. Met toestemming van de schuldenaar kan de beoogd curator bij het verkrijgen van inlichtingen derden bevragen of een deskundige vragen onderzoek te verrichten.

Artikel 365

1. Een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, eerste lid, houdt tevens in dat de rechtbank in haar beschikking een van haar leden aanwijst die in geval van faillietverklaring zal worden benoemd tot rechter-commissaris.

2. De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator.

3. De beoogd curator doet regelmatig op passende wijze van zijn bevindingen verslag aan de beoogd rechter-commissaris. De beoogd rechter-commissaris kan te allen tijde verschijning van de beoogd curator in persoon gelasten. Deze is verplicht alle door de beoogd rechter-commissaris gewenste inlichtingen te verschaffen.



Artikel 366

1. De rechtbank kan hetzij op voordracht van de beoogd rechter-commissaris, hetzij op verlangen van de beoogd curator, hetzij op een met redenen omkleed verzoek van de schuldenaar of een of meer schuldeisers te allen tijde:
   a) de aanwijzing, bedoeld in artikel 363, eerste lid, intrekken, en
   b) indien nog steeds voldaan wordt aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 363, eerste lid, een ander als beoogd curator aanwijzen, of een of meer beoogd medecuratoren aanwijzen.

   Alvorens hierover te beslissen roept de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator op teneinde te worden gehoord en stelt zij de schuldenaar en een of meer schuldeisers als bedoeld in de eerste zin op om te worden gehoord. Wordt het verzoek ingediend door de schuldenaar, dan is deze daarvoor geen griffierecht verschuldigd.

2. De aanwijzing, bedoeld in artikel 363, eerste lid, eindigt van rechtswege door ommekomst van de in het derde lid van dat artikel bedoelde termijn alsmede door respectievelijk faillietverklaring van de schuldenaar dan wel verlening van voorlopige surseance van betaling aan de schuldenaar.

3. Uiterlijk binnen zeven dagen na de beëindiging van de aanwijzing brengt de beoogd curator verslag uit van zijn bevindingen in de periode dat de aanwijzing duurde. Deze termijn kan naar aanleiding van een met redenen omkleed verzoek van de beoogd curator door de rechtbank worden verlengd met een door haar te bepalen termijn.

4. De beoogd curator deponeert zijn verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag zal aldaar ter kosteloze inzage liggen van een ieder, maar niet dan nadat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard of hem surseance van betaling is verleend en voor zover de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring dan wel van de aanvraag van de surseance is ingediend binnen drie maanden nadat de aanwijzing is geëindigd. De deponering geschiedt kosteloos.

5. Is de aanwijzing, bedoeld in artikel 363, eerste lid, meer dan drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring dan wel van de aanvraag van de surseance overeenkomstig artikel 366, eerste lid, ingetrokken, dan kan de rechtbank bepalen dat het verslag van de beoogd curator alsnog ter kosteloze inzage wordt gelegd van een ieder.

6. Tegen een beschikking op een verzoek als bedoeld in het eerste lid staat geen rechtsmiddel open.

Artikel 367

De schuldenaar op wiens verzoek de beoogd curator is aangewezen, betaalt het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem geraadpleegde derden, mits deze met toestemming van de schuldenaar zijn aangezocht.

ARTIKEL II

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

ARTIKEL III

Deze wet wordt aangehaald als: Wet continuïteit ondernemingen I.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. Algemeen deel

1. Inleiding

Met dit wetsvoorstel wordt in de Faillissementswet (Fw) een regeling ingevoerd waarbij de rechtbank de mogelijkheid krijgt om op verzoek van een schuldenaar al voor een mogelijke faillietverklaring in stilte aan te wijzen wie zij zal aanstellen als curator (hierna: beoogd curator) en benoemen als rechter-commissaris (hierna: beoogd rechter-commissaris) mocht het daadwerkelijk tot een faillissement komen.[1]
De regeling sluit aan bij een praktijk die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en inmiddels door acht van de elf rechtbanken wordt toegepast.[2] In navolging van de Engelse regeling, waarbij een doorstart na faillissement door een '*administrator*' voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid, wordt deze oplossing ook wel aangeduid met de term '*pre-pack*'. De beoogd curator wordt in de literatuur verder vaak '*stille bewindvoerder*' genoemd. Met dit wetsvoorstel doe ik de toezegging gestand die namens mij is gedaan door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie tijdens het mondelinge vragenuurtje in de Tweede Kamer van 18 juni 2013, om ten behoeve van de rechtszekerheid de '*pre-pack*' een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden. Hiermee geef ik eveneens gehoor aan een roep uit de praktijk om meer duidelijkheid te verschaffen over de figuur van de beoogd curator en diens rol, taken en bevoegdheden, alsmede onder welke voorwaarden een aanwijzing van een beoogd curator kan plaatsvinden.[3]
Om de goede ervaringen die in de praktijk zijn opgedaan te ondersteunen en ruimte te bieden voor nadere invulling door die praktijk, is gekozen voor een kaderregeling die bestaat uit:

a) procedurevoorschriften waarin antwoord wordt gegeven op de vragen:
   – *wanneer* om de aanwijzing van een beoogd curator kan worden gevraagd en *hoe* dit dient te gebeuren,
   – *wanneer* en *hoe* de rechtbank een dergelijk verzoek kan inwilligen en *welke* voorwaarden zij daarbij zou kunnen stellen, en
   – *wanneer* de aanwijzing eindigt, alsmede
b) regels over de taken en bevoegdheden van de betrokkenen (waaronder met name de schuldenaar, de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris).

De regeling geldt voor ondernemingen, ongeacht welke activiteiten zij ontplooien of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven, en kan dus ook worden toegepast wanneer sprake is van ondernemingen in de semipublieke sector. De regeling geldt niet voor natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen.
Het wetsvoorstel maakt deel uit van het programma Herijking Faillissementsrecht. Zoals de Tweede Kamer bij brief van 26 november 2012 is meegedeeld, rust dat programma op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.[4] Het onderhavige wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. In de voortgangsbrieven aan de Tweede Kamer van 27 juni en 15 november 2013 is uiteengezet dat deze pijler erop is gericht onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen.[5] Om ondernemers te stimuleren tijdig hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt, wordt gewerkt aan maatregelen om reorganisatie, herstructurering en doorstart buiten faillissement te faciliteren. Binnen de tweede pijler zullen daarnaast maatregelen worden getroffen om de (tijdelijke) continuering van de onderneming tijdens faillissement te bevorderen en doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen na faillissement te bespoedigen. Thans is

[1] In de memorie van toelichting wordt om praktische redenen – en omdat dit in veruit de meeste gevallen het verloop is – voornamelijk gesproken over de aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris in de aanloop naar een faillissement. Dit neemt niet weg dat de aanwijzing ook kan plaatsvinden in de aanloop naar verlening van surseance van betaling.
[2] Bij de rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg wordt deze praktijk niet toegepast.
[3] Mr. drs. N.W.A. Tollenaar, '*Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!*', Tvl 2011/23; H. Koster, '*Herstructureringen bij insolventie: naar pre-pack plus!*', Tvl 2013/7; mr. E. Loesberg, '*Heiligt het doel de middelen? Pre-pack in het Nederlandse Faillissementsrecht*', Tijdschrift voor de ondernemingspraktijk 2013/1; mr. J.L.R.A. Huydecoper, '*Pre-pack-liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?*', Tvl 2013/5; K. Beke & P. Wolterman, '*Verslag seminar 'De Nederlandse pre-pack – ready for take off?' d.d. 11 april te Amsterdam*', Tvl 2012/31; mr. M.R. van Zanten, '*Aan het werk met de pre-pack*', Arbeidsrecht 2013/47; mr. W.J.P. Jongepier en mr. drs. K.P. Hoogenboezem, '*Wie is de stille bewindvoerder?*', FIP 2013/6; mr. B.J. Tideman, '*Kritische kanttekeningen bij de pre-pack*', FIP 2013/6; mr. drs. N.W.A. Tollenaar, '*Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak*', FIP 2013/6; mr. B.J. Tideman; '*Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack+*', FIP 2013/7; mr. J.V. Maduro, '*Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?*', FIP 2013/8; mr. Ph. W. Schreurs, '*Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk*', FIP 2013/8; mr. M.J. Cools, '*Een doorstart in voorverpakking*', FIP 2013/8; mr. M.H.F. van Vugt; '*De Nederlandse pre-pack: time-out please!*', FIP 2014/1; prof. mr. F.M.J. Verstijlen, '*Pre-packing in the Netherlands*', NJB 2014/803; prof. mr. J.J. van Hees, '*Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?*', Ondernemingsrecht 2014/79.
[4] Kamerstukken II 2012–2013, 29 911, nr. 74.
[5] Kamerstukken II, 2012–2013, 33 695, nr. 1 en Kamerstukken II, 2013–2014, 33 695, nr. 3.

voorzien dat van de tweede pijler in totaal drie wetsvoorstellen deel uit zullen maken. Het onderhavige wetsvoorstel is het eerste en heeft daarom de titel Wet Continuïteit Ondernemingen I. De overige twee wetsvoorstellen betreffen vooralsnog de invoering van:
(i) een regeling betreffende de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement, die vorm zal krijgen met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen II, en
(ii) verschillende maatregelen ten behoeve van de voorzetting van de onderneming in faillissement, waaronder een doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten, die vorm zullen krijgen met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen III.

2. Doel van het wetsvoorstel

Wanneer een onderneming niet langer aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen kan de rechtbank op zijn verzoek of op aanvraag van één of meer schuldeisers het faillissement uitspreken (artikel 1 Fw). Daarbij wordt door de rechtbank een curator aangesteld die tot taak heeft de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te beheren en te vereffenen; dat wil zeggen dat hij de activa van de gefailleerde te gelde zal moeten maken om de opbrengst daarna te verdelen onder de schuldeisers (artikel 68 Fw). Ook wordt er een rechter-commissaris benoemd die toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator (artikel 64 Fw). Het is mogelijk dat binnen de onderneming nog rendabele bedrijfsonderdelen aanwezig zijn. Deze bedrijfsonderdelen zouden net als de andere boedelactiva (zoals de bedrijfsinventaris) verkocht kunnen worden, waarna zij een doorstart kunnen maken. De opbrengst van de verkoop komt ten goede aan de faillissementsboedel en wordt uiteindelijk verdeeld onder de schuldeisers. Probleem hierbij is echter dat een onderneming na de faillietverklaring in vrijwel alle gevallen te maken krijgt met negatieve publiciteit en daardoor in een vrij oncontroleerbare situatie terecht komt: financiers winnen zekerheden uit, leveranciers weigeren nog langer te leveren, werknemers gaan op zoek naar een andere baan, klanten verliezen het vertrouwen etc. Gevolg hiervan is dat een onbeheersbare situatie kan ontstaan en de curator in het faillissement ernstig belemmerd zou kunnen worden bij het beheren van het bedrijf. Verder zullen de nog rendabele bedrijfsonderdelen in korte tijd veel van hun waarde (ook wel goodwill) en potentiële rendement kunnen verliezen. Het kan dan moeilijk worden voor de curator om nog een koper te vinden. Vindt de curator wel een koper, dan zal deze alleen nog maar bereid zijn een lage aankoopprijs te betalen voor de bedrijfsonderdelen: een ‘*going concern*’ – verkoop uit faillissement levert vaak niet meer op dan de getaxeerde onderhandse – of executiewaarde van de afzonderlijke activa van de onderneming.
De aanwijzing van de beoogd curator heeft tot doel om in relatieve rust een mogelijk aankomend faillissement van een onderneming voor te kunnen bereiden en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo een hoog mogelijke prijs, te vergroten. Idee daarbij is dat voorafgaand aan de faillietverklaring – onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris – door de schuldenaar voorbereidingen worden getroffen die de afwikkeling van het eventuele faillissement moeten faciliteren en dat door de schuldenaar reeds wordt bekeken of er rendabele bedrijfsonderdelen zijn die in aanmerking zouden kunnen komen voor een doorstart en of er geïnteresseerde partijen zijn die deze bedrijfsonderdelen zouden willen overnemen tegen een marktconforme prijs. De praktijk leert dat ondernemers om verschillende redenen – zoals loyaliteit naar het zakelijk netwerk, klanten en werknemers – bereid zijn in dit kader inspanningen te verrichten. Mocht er inderdaad een overnamepartij gevonden worden, die bereid is de bedrijfsonderdelen na de faillietverklaring tegen een goede aankoopprijs te kopen, dan is het aan de curator in het faillissement om te beslissen of hij wil meewerken aan die verkoop (vlg. artikel 68 Fw). Hij zal dit willen doen wanneer hij ervan overtuigd is dat met de aan hem voorgelegde verkooptransactie de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers kan worden gerealiseerd. Vervolgens zal ook de rechter-commissaris nog toestemming moeten geven voor de onderhandse verkoop (vlg. artikelen 101, eerste lid, en 176 Fw). Doordat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris echter al voor de faillietverklaring hebben kunnen meekijken, zullen zij in het faillissement sneller en/of adequater kunnen handelen en kan die instemming en daarmee de verkoop en de daarop volgende doorstart van de bedrijfsonderdelen relatief kort na de faillietverklaring plaatsvinden. Zo kan voorkomen worden dat de hiervoor beschreven chaotische situatie invloed heeft op de kansen op een doorstart en de verkoopprijs van de rendabele bedrijfsonderdelen. Resultaat is dat een hogere boedelopbrengst kan worden gerealiseerd ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement en dat de individuele schuldeisers een grotere kans hebben dat in ieder geval een deel van hun vordering in faillissement zal kunnen worden voldaan. Daarnaast leidt de doorstart ertoe dat de in de onderneming aanwezige werkgelegenheid (althans deels) behouden kan blijven. Verder kunnen leveranciers en afnemers baat hebben bij de doorstart van de bedrijfsonderdelen vanwege de continuïteit in respectievelijk de afname dan wel levering van goederen en/of diensten.
Zoals gezegd wordt deze oplossing thans al door acht van de elf rechtbanken toegepast. Bekende voorbeelden van situaties waarin dit het geval was zijn de doorstart na faillissement van garnalenleve-

rancier Heiploeg[6], winkelketens de Harense Smid[7] en de Schoenenreus[8] en het Ruwaard van Putten Ziekenhuis[9].[10] Overigens leert de huidige praktijk dat zeker wanneer ondernemingen tijdig een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator indienen, dit er ook toe kan bijdragen dat er in stilte voor de financiële problemen alsnog een oplossing buiten faillissement wordt gevonden, waarmee een voortzetting van de onderneming kan worden gerealiseerd. Daarom is van belang dat de aanwijzing omkeerbaar is en dat deze de schuldenaar niet verplicht om op termijn een aanvraag tot faillietverklaring in te dienen of dat deze de schuldenaar niet anderszins beperkt in zijn vrijheid om een oplossing buiten faillissement na te streven. In het kader van dit laatste is van belang dat de aanwijzing van een beoogd curator geen verandering brengt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar.
De aanleiding om nu met de voorgestelde regeling te komen is dat nog niet alle rechtbanken gebruik maken van deze oplossing. De rechtbanken die dit niet doen gaven als reden hiervoor dat een wettelijke grondslag daartoe ontbreekt. Daarnaast zijn er bij de rechtbanken die deze oplossing wel toepassen verschillen in aanpak geconstateerd. De rechtszekerheid is erbij gebaat wanneer de aanwijzing van de beoogd curator wordt vastgelegd in een wettelijke regeling. Dit wordt ook bevestigd in verschillende publicaties die inmiddels over deze praktijk zijn verschenen.[11]

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

De regeling bevat een aantal kernelementen. In de eerste plaats is voorzien in procedurevoorschriften waarin is bepaald wanneer een schuldenaar om de aanwijzing van een beoogd curator kan vragen en op welke wijze dit verzoek kan worden gedaan. Ook is geregeld hoe de rechtbank een dergelijk verzoek in behandeling neemt en wanneer zij dit zou kunnen inwilligen, evenals welke voorwaarden zij daaraan zal (kunnen) verbinden (artikel 363).
Bepaald is dat de schuldenaar de rechtbank bij verzoekschrift om de aanwijzing kan vragen. De rechtbank zal dit verzoek met de meeste spoed in raadkamer behandelen en beslissen bij beschikking (artikel 363, eerste en tweede lid). De rechtbank zal positief beslissen op het verzoek als de schuldenaar erin slaagt aan te tonen dat de aanwijzing een meerwaarde heeft omdat de afwikkeling van het faillissement dat mogelijk volgt hierdoor wordt bevorderd en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een zo hoog mogelijke koopprijs daarmee worden vergroot. Ook is van belang dat de schuldenaar laat zien dat hij niet al feitelijk in een faillissementstoestand verkeert. Eén van de voorwaarden voor de aanwijzing is namelijk dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen, waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, te voldoen (artikel 363, eerste en tweede lid).
Beslist de rechtbank positief dan zal zij '*in stilte*' een beoogd curator aanwijzen (artikel 363, tweede lid). Dat de aanwijzing '*in stilte*' plaatsvindt, wil zeggen dat de aanwijzing (gelet op het daarmee beoogde doel, zijnde het '*in stilte*' kunnen voorbereiden van het mogelijk aanstaande faillissement) niet – zoals ingevolge de artikelen 14, derde lid, 216, 223, eerste lid, en 293 Fw wel gebruikelijk is bij de faillietverklaring, de (voorlopige) verlening van surseance van betaling of de toepassing van de schuldsaneringsregeling – wordt gepubliceerd en ook niet wordt ingeschreven in het insolventieregister. De aanwijzing zal daarom – buiten de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris – in beginsel alleen bekend worden bij personen of instellingen die de schuldenaar zelf besluit in te lichten. Wanneer de rechtbank een beoogd curator aanwijst, dan wijst zij tevens een van haar leden aan die in geval van een faillietverklaring zal worden benoemd als rechter-commissaris (hierna: beoogd rechter-commissaris) (artikel 365, eerste lid).
Aan de aanwijzing zal de rechtbank een termijn van ten hoogste twee weken verbinden. De bestaande praktijk leert dat het in ieder geval mogelijk moet zijn om binnen twee weken een plan van aanpak te hebben. Indien de uitwerking van het plan meer tijd vergt, kan deze termijn op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank worden verlengd met een door haar te bepalen termijn, mits de aanwijzing op dat moment nog steeds meerwaarde heeft en de schuldenaar nog steeds in staat is zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen (artikel 363, derde lid). De rechtbank kan daarnaast ook andere voorwaarden aan de aanwijzing verbinden, zoals een zekerheidstelling voor de betaling van het salaris van de beoogd curator (artikel 363, vierde lid, en artikel 367, tweede lid).
Ook is bepaald *hoe* en *wanneer* de aanwijzing eindigt (artikel 366). Dit is het geval wanneer:
– de aanwijzing op voordracht van de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris, dan wel op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank wordt ingetrokken;

[6] Prof. mr. F.M.J. Verstijlen, '*Pre-packing in the Netherlands*', NJB 2014/803. http://www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF.
[7] http://bgadvocaten.nl/nl/actualiteiten/kantoornieuws/faillissementsverslag-%22de-harense-smid%22/
[8] https://www.abenslag.nl/fileadmin/user_upload/Schoenenreus/persbericht_Schoenenreus.pdf.
[9] http://www.dvdw.nl/media/112055/f.09.13.531_st._ruwaard_van_puttenziekenhuis_-_openbaar_verslag_1.pdf.
[10] Zie voorts ook de opsomming in de publicatie van mr. drs. N.W.A. Tollenaar, '*Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak*', FIP 2013/6.
[11] Zie voetnoot 3.

– de voor de aanwijzing geldende termijn verstrijkt, of
– de schuldenaar failliet wordt verklaard dan wel hem voorlopige surseance van betaling wordt verleend (artikel 366, eerste en tweede lid).

Belangrijk onderdeel van de beëindiging van de aanwijzing betreft de verplichting van de beoogd curator om direct daarna verslag (hierna ook: eindverslag) uit te brengen over zijn bevindingen in de periode vanaf zijn aanwijzing. Het eindverslag dient bij de griffie te worden ingediend. Aldaar zal een ieder het kosteloos kunnen inzien, maar – gelet op het besloten karakter van de aanwijzing – niet dan nadat de schuldenaar failliet is verklaard of hem surseance van betaling is verleend. Dit betekent dat wanneer de betrokkenheid van de beoogd curator eindigt omdat de schuldenaar erin is geslaagd buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen, het eindverslag niet openbaar zal worden gemaakt. Volgt binnen drie maanden echter toch nog een faillissement of een surseance van betaling, dan zal de griffie het eindverslag alsnog voor een ieder ter inzage leggen. Naarmate er meer tijd is verstreken tussen het einde van de aanwijzing en de faillietverklaring of de verlening van de surseance van betaling neemt de relevantie voor de betrokkenen bij het faillissement van hetgeen zich heeft voorgedaan in de periode van de aanwijzing af. Daarom geldt dat als er meer dan drie maanden is verstreken, het eindverslag niet ter inzage hoeft te worden gelegd. Mocht de rechtbank echter van mening zijn dat – ondanks de inmiddels verstreken tijd – het voor de betrokkenen bij het faillissement toch nog relevant kan zijn om kennis te nemen van de bevindingen van de beoogd curator, dan kan zij hiertoe alsnog besluiten (artikel 366, vierde en vijfde lid).
Eindigt de aanwijzing door de faillietverklaring van de schuldenaar dan wel de verlening van voorlopige surseance van betaling aan hem, dan zal de rechtbank in beginsel de eerder door haar aangewezen personen aanstellen als curator dan wel bewindvoerder en rechter-commissaris. Dit is alleen anders wanneer er ten tijde van de faillietverklaring sprake is van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen om van de eerdere aanwijzing af te wijken (artikelen 14a, 215, derde lid, en 223a, tweede lid). Zo zou een na de aanwijzing aan het licht gekomen schijn van belangenverstrengeling een reden kunnen zijn.

Voorts voorziet de regeling in een uitwerking van de rol en van de taken en bevoegdheden van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. Wat betreft de rol van de beoogd curator is bepaald dat hij ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel wordt betrokken bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement (artikel 364, eerste lid). Dit wil zeggen dat zijn betrokkenheid gewenst is om de afwikkeling van het eventueel volgend faillissement te faciliteren en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo een hoog mogelijke prijs, te vergroten. De beoogd curator heeft hierbij vooral een observerende rol. Verder is bepaald dat de beoogd curator in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar behartigt (artikel 364, eerste lid). Het gezichtspunt van de beoogd curator verschilt in die zin dus niet van die van de curator in faillissement.
Om de beoogd curator in staat te stellen zijn rol goed te vervullen, is van belang dat de schuldenaar de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen verschaft die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening daarvan (artikel 364, derde lid). De beoogd curator zal die informatie vervolgens vertrouwelijk behandelen en deze alleen delen met derden wanneer hij daarvoor toestemming heeft gekregen van de schuldenaar (artikel 364, vierde en vijfde lid).
Daarnaast geldt ten aanzien van de positie van de beoogd curator nog het volgende. De beoogd curator is enerzijds onafhankelijk; dat wil zeggen dat hij niet gehouden is tot opvolging van instructies van de schuldenaar, noch van diens schuldeisers (artikel 364, tweede lid). In de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement is de enige aan wie de beoogd curator verantwoording verschuldigd is de beoogd rechter-commissaris (artikel 365, derde lid). Daarnaast fungeert de beoogd curator in die periode als informant voor de rechtbank waar het betreft de vraag of er aanleiding is om:
– een door de schuldenaar ingediend verzoek tot verlenging van de duur van de aanwijzing in te willigen (artikel 363, derde lid);
– de aanwijzing in te trekken (artikel 366, eerste lid), of
– de beoogd curator te vervangen door een ander, dan wel om één of meer beoogd medecuratoren aan te wijzen (artikel 366, eerste lid).

Ter voorkoming van financiële afhankelijkheid van de beoogd curator is bepaald dat de rechtbank ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling kan verbinden (artikel 363, vijfde lid).
Anderzijds treedt de beoogd curator in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement nimmer naar buiten of verricht hij handelingen die de onderneming betreffen zonder instemming van de schuldenaar (artikel 364, vierde en vijfde lid). Dit is ingegeven door het feit dat de beoogd curator vooral een observerende rol heeft, dat de aanwijzing van de beoogd curator ‘*in stilte*’ plaatsvindt en dat deze geen verandering brengt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De

ondernemer of in het geval van een aanwijzing bij een vennootschap, de bestuurders van de betreffende vennootschap, behouden zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen.
De beoogd curator is dus betrokken bij de voorbereiding van het mogelijke faillissement en, indien aan de orde, het traject waarbij op initiatief van de schuldenaar wordt gezocht naar mogelijke overnamekandidaten voor rendabele bedrijfsonderdelen. Dit houdt in ieder geval in dat de beoogd curator meekijkt, zich laat informeren en zich een oordeel vormt over de gang van zaken binnen de onderneming en, indien aan de orde, over het verkoopproces dat door de schuldenaar is ingezet. Indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan de beoogd curator de schuldenaar ook op een iets actievere wijze bijstaan in het voorbereidingstraject. Van belang daarbij is echter dat de beoogd curator niet optreedt als adviseur van de schuldenaar en evenmin als toezichthouder. Van de beoogd curator wordt dan ook niet verlangd dat hij zich *en detail* bemoeit met de bedrijfsvoering; hij heeft bijvoorbeeld niet tot taak om alle transacties of andere handelingen die de schuldenaar wil verrichten te beoordelen en te accorderen. Wel geldt dat mocht de beoogd curator bij zijn beoordeling van de gang van zaken tot de conclusie komen dat de schuldenaar niet op de juiste weg is – dat wil zeggen dat de schuldenaar transacties of handelingen verricht of voorbereidingen treft die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers – hij de schuldenaar hier dan op wijst.[12] Dit past bij zijn taak om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de belangen van leveranciers, afnemers en werknemers) te behartigen.
Uit dit alles volgt dat van belang is dat er sprake is van vertrouwen tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Is dit niet (langer) het geval dan zou dit ertoe kunnen leiden (maar dit hoeft niet) dat de beoogd curator zich terugtrekt. Het voorgestelde artikel 366, eerste lid, voorziet in de mogelijkheid van intrekking van de aanwijzing op voordracht van de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris, dan wel op verzoek van de schuldenaar.
In de literatuur wordt – ten aanzien van de proeven in de praktijk met het al in het voorstadium van een eventueel faillissement betrekken van de toekomstig curator bij de onderneming – vaak gesproken over de '*stille bewindvoerder*'. De term bewindvoerder impliceert echter een verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar in de zin dat de schuldenaar niet meer bevoegd is te beschikken zonder instemming van de bewindvoerder. Daarvan is in de voorgestelde regeling nadrukkelijk geen sprake. Om die reden is besloten de term '*stille bewindvoerder*' niet te hanteren. Andere termen zoals '*insolventiedeskundige*', '*insolventie-adviseur*' en '*pre-curator*' zijn overwogen, maar deze termen dekten niet de lading van de rol en de taak, alsmede de bevoegdheden van de persoon die wordt aangewezen door de rechtbank als degene die bij een eventueel faillissement zal worden aangesteld als curator of zouden hieromtrent verkeerde verwachtingen kunnen wekken. Daarom is uiteindelijk gekozen voor de term '*beoogd curator*' waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het gaat om de persoon die de rechtbank voornemens is aan te stellen bij een eventueel faillissement.

De taak en bevoegdheden van de beoogd rechter-commissaris laten zich het best als volgt beschrijven. De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator (artikel 365, tweede lid). Zijn taakomschrijving in de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement verschilt dus niet van die van de rechter-commissaris in het faillissement. In de literatuur is ten aanzien van de huidige '*pre-pack praktijk*' de vraag op geworpen of de beoogd curator in de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement niet te zeer betrokken zou raken bij de onderneming en de beoogde doorstart waardoor hij in die fase en in het mogelijk daarop volgend faillissement niet langer onbevooroordeeld zou kunnen handelen. Mijns inziens wordt dit risico – als het er al zou zijn – ondervangen door het toezicht van de rechter-commissaris.[13]
Om de beoogd rechter-commissaris in staat te stellen deze taak te vervullen, is in artikel 365, derde lid, bepaald dat de beoogd curator de beoogd rechter-commissaris regelmatig verslag doet van zijn bevindingen. Ook kan de beoogd rechter-commissaris te allen tijde verschijning van de beoogd curator in persoon gelasten en is de beoogd curator verplicht alle door de beoogd rechter-commissaris gewenste inlichtingen te verschaffen (artikel 365, derde lid).
Verder fungeert de beoogd rechter-commissaris – net als de beoogd curator – als informant voor de rechtbank wanneer zij beslissingen moet nemen over de eventuele verlenging van de duur van de aanwijzing (artikel 363, derde lid), de intrekking van de aanwijzing (artikel 366, eerste lid) of de vervanging van de beoogd curator door een ander dan wel de toevoeging van één of meer beoogd medecuratoren (artikel 366, eerste lid).

4. Belangen van de gezamenlijke schuldeisers

Ten aanzien van de voorbereiding van een doorstart na faillissement met betrokkenheid van de beoogd curator zijn in de literatuur ook bezwaren naar voren gebracht. Deze komen er in hoofdzaak op

[12] Zie in dit kader ook: Mr. W.J.P. Jongepier en mr. drs. K.P. Hoogenboezem, '*Wie is de stille bewindvoerder?*', FIP 2013/6.
[13] Mr. B.J. Tideman, '*Kritische kanttekeningen bij de pre-pack*', FIP 2013/6.

neer dat dit niet goed te verenigen zou zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers of de werknemers. Deze bezwaren zijn deels gebaseerd op de ervaringen in het Verenigd Koninkrijk.[14] ‘*Prepackaged insolvencies*’ worden in het Verenigd Koninkrijk geregisseerd door de onderneming zelf. In de regel zijn het de financiers die als belangrijkste schuldeiser een ‘*administrator*’ (de toekomstige curator in het faillissement) voordragen, die vervolgens door de onderneming wordt benoemd. De ‘*administrator*’ zou in de periode vanaf zijn aanwijzing tot aan de faillietverklaring te zeer betrokken raken bij de bedrijfsvoering van de onderneming. Daardoor zou hij na de faillietverklaring in zijn rol als curator de ‘*pre-packaged deal*’ (de activatransactie ten behoeve van de doorstart die al voor het faillissement is voorbereid) niet meer onafhankelijk kunnen beoordelen of bestrijden. Ook zou de ‘*pre-pack*’ bepaalde klassen schuldeisers bevoordelen en overige schuldeisers schade toebrengen. Voorts zou de ‘*pre-pack*’ kunnen leiden tot een gebrek aan transparantie voor crediteuren doordat de transactie waartoe de ‘*pre-pack*’ leidt tot stand komt in een besloten onderhandelingsproces tussen twee partijen (te weten de schuldenaar en de koper) in plaats van in een openbaar verkoopproces. Aldus onttrekt het proces dat leidt tot de totstandkoming van de transactie – alsmede de wijze waarop binnen dat proces de voorwaarden van de betreffende transactie worden overeengekomen – zich aan de waarneming van de crediteuren. Ook zou het vanwege het ontbreken van een openbaar verkoopproces met concurrentie tussen diverse gegadigden, nog maar de vraag zijn of daadwerkelijk een zo hoog mogelijke opbrengst zou kunnen worden gerealiseerd. Een ander bezwaar dat wel tegen de ‘*pre-pack*’ naar voren is gebracht, is dat het concurrentievervalsend zou werken. Dit punt werd ook in de consultatie over het voorontwerp die hierna uitvoeriger aan bod zal komen, naar voren gebracht (onder meer in de reacties van VNO-NCW en de Universiteit van Amsterdam). De ‘*pre-pack*’ zou het oneigenlijk gebruik van het faillissement ten behoeve van herstructurering in de hand werken.

De tegen de ‘*pre-pack*’ geuite bezwaren worden in de bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling op verschillende manieren ondervangen. De eerste is dat erin is voorzien dat niet de onderneming zelf, maar de rechtbank de regie houdt. Een beoogd curator wordt aangewezen door de rechtbank (artikel 363, eerste lid) en dus niet door de schuldenaar zelf na een voordracht door de schuldeisers, zoals het geval is in het Verenigd Koninkrijk. De beoogd curator opereert onafhankelijk. Hij krijgt in de voorgestelde regeling expliciet de taak om in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement te waken over de belangen van gezamenlijke schuldeisers, zoals dat ook het geval is voor de curator in faillissement.[15] De beoogd rechter-commissaris ziet erop toe dat de beoogd curator deze taak naar behoren vervult.
Voor de beoogd curator geldt dus dat hij zich niet mag richten op de belangen van een of meer bepaalde schuldeisers. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan een eventueel faillissement zodanig wordt gehandeld dat bij faillissement de vorderingen van alle schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte kunnen worden voldaan. Juist daaraan beoogt de aanwijzing van een beoogd curator bij te dragen: doordat waardeverlies kan worden voorkomen, kan de opbrengst worden gemaximaliseerd en kunnen de vorderingen van schuldeisers voor een groter gedeelte worden voldaan. Aldus komt de aanwijzing van de beoogd curator in beginsel alle schuldeisers ten goede en niet slechts één of enkele van hen.

De kans op een geslaagde verkoop met een zo hoog mogelijke opbrengst – die in de faillissementsboedel vloeit en daarmee ten goede komt aan de crediteuren in het faillissement – en een daarop volgende doorstart van de rendabele onderdelen van een onderneming met behoud van werkgelegenheid wordt door de voorgestelde regeling vergroot zonder dat ruimte bestaat voor het om oneigenlijke redenen verzoeken om de aanwijzing van een beoogd curator en voor misbruik van het faillissementsrecht. Waarbij het in het laatste geval – kort gezegd – gaat om een situatie waarin de schuldenaar wel alternatieven heeft om zijn onderneming te reorganiseren en zijn financiële problemen buiten faillissement op te lossen, maar er desalniettemin voor kiest om het aan te laten komen op een faillissement (bijvoorbeeld om zo zijn personeelsbestand snel en ‘*goedkoop*’ te kunnen terugbrengen).[16] De verwachting is niet dat dit wetsvoorstel zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen, maar veeleer dat de afwikkeling van voorkomende verantwoorde doorstarts spoediger en zonder onnodig waardeverlies kan plaatsvinden. Dit volgt in de eerste plaats uit het feit dat het wetsvoorstel geen wijziging brengt in de geldende regel dat de aangifte van een faillissement misbruik van bevoegdheid kan opleveren, bijvoorbeeld wanneer deze als enig doel heeft van de verplichtingen jegens werknemers af te komen.[17] De ondernemer zal hierover al bij het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator kunnen worden bevraagd door de rechtbank. Wanneer de rechtbank tot de conclusie komt dat het er alle schijn van heeft dat het verzoek tot aanwijzing van een

[14] Mr. drs. N.W.A. Tollenaar, ‘*Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!*’, TvI 2011/23; J.C. van Apeldoorn ‘*Pre-packs*’, TvI 2012/17. Mr. B.J. Tideman, ‘*Kritische kanttekeningen bij de pre-pack*’, FIP 2013/6; mr. M.H.F. van Vugt; ‘*De Nederlandse pre-pack: time-out please!*’, FIP 2014/1; prof. mr. J.J. van Hees, ‘*Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?*’, Ondernemingsrecht 2014/79.
[15] HR 23 december 1994, NJ 1996, 628.
[16] Mr. H. Biesheuvel, ‘*Misbruik van eigen faillissementsaanvraag vanuit arbeidsrechtelijk perspectief*’, FIP 2010/4.
[17] HR 29 juni 2001, JOR 2001/169.

beoogd curator onderdeel is van een traject waarin de schuldenaar aanstuurt op een faillissement om de onderneming snel te saneren teneinde binnen een krappe markt een concurrentievoordeel te verkrijgen, dan zal de rechtbank hier niet aan mee willen werken en zal zij het verzoek afwijzen. Komen een dergelijk intentie of door de schuldenaar gepleegde malversaties pas aan het licht nadat een beoogd curator is aangewezen, dan kan dit aanleiding zijn om de aanwijzing in te trekken en zijn de rechtbank en de toekomstig curator '*gewaarschuwd*' mocht nadien een faillissementsaanvraag volgen (artikel 366, eerste lid, onderdeel a).
Voorts moet in dit verband ook gewezen worden op de voorwaarden waaronder een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator door de rechtbank kan worden ingewilligd. De schuldenaar zal aannemelijk moeten maken dat de aanwijzing een meerwaarde heeft omdat de afwikkeling van het faillissement dat mogelijk volgt hierdoor wordt bevorderd en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een zo hoog mogelijke koopprijs daarmee worden vergroot. Ook zal hij moeten laten zien dat hij niet al feitelijk in een faillissementstoestand verkeert. Dit om te voorkomen dat de schuldenaar tijdens de '*stille fase*' voor het eventuele faillissement lopende en nieuwe betalingsverplichtingen niet kan nakomen en zo bestaande en nieuwe crediteuren benadeelt. Indien de schuldenaar hier niet in slaagt, is voor de aanwijzing van een beoogd curator geen plaats.[18]

Ten aanzien van het punt van de concurrentievervalsing werd in de consultatie over het voorontwerp door de Nederlandse Vereniging van Banken opgemerkt dat het risico daarop bij een onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voorbereide verkoop en daarop opvolgende doorstart kleiner is dan bij een '*klassieke doorstart*' uit faillissement. Dit komt omdat bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen bij de koper een aanzienlijk betere prijs kan worden bedongen. De koper/'*doorstarter*' zal dus meer moeten investeren, wil hij de bedrijfsonderdelen overnemen. Wanneer de aankoopprijs hoger is, hebben de concurrerende ondernemingen minder '*last*' van de doorstart.

Ten aanzien van de transparantie geldt dat het verkrijgen van inzicht in de wijze waarop de voor de doorstart benodigde activatransactie tot stand komt een begrijpelijke wens van crediteuren is. Ook thans heeft de ondernemer echter de mogelijkheid om zijn onderneming of delen daarvan voorafgaand aan een eventueel faillissement te verkopen of een doorstart vanuit een faillissement voor te bereiden. Een verkoop van de levensvatbare onderdelen van de onderneming (of zelfs van alle activa van de gefailleerde) die zeer kort na de faillietverklaring plaatsvindt, is – zoals hiervoor al werd geïllustreerd aan de hand van enkele voorbeelden – ook nu al bepaald geen onbekend verschijnsel. Artikel 101 lid 1 Fw biedt de curator in faillissement immers al de mogelijkheid om goederen te vervreemden die niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven. Bij de totstandkoming van de Faillissementswet was oorspronkelijk de gedachtegang dat de curator in de eerste fase van het faillissement enkel het vermogen beheerde en de vermogenspositie van de failliet inventariseerde. In deze gedachtegang mochten activa enkel bij uitzondering worden vervreemd: ter afsluiting van deze eerste fase vond namelijk een verificatievergadering plaats, waarop niet alleen de ingediende vorderingen werden geverifieerd, maar ook werd gestemd over voortzetting van de onderneming of vereffening van het actief.
Door de Hoge Raad is artikel 101 lid 1 Fw inmiddels echter zodanig ruim uitgelegd dat zij in het algemeen vervreemding van tot de failliete boedel behorende goederen toelaat.[19] In de praktijk worden op basis van deze bepaling dan ook regelmatig vlak na het faillissement (alle) activa van de gefailleerde verkocht in het kader van een doorstart, tenzij er sterke aanwijzingen zijn dat een akkoord zal worden aangeboden of hoger beroep zal worden ingesteld tegen het faillissementsvonnis. Bij een dergelijke verkoop worden de crediteuren pas achteraf geïnformeerd, namelijk in het faillissementsverslag. Voor zover crediteuren al voor de doorstart op de hoogte zijn van het faillissement, geldt dat zij slechts beperkte tijd en beperkte middelen hebben om invloed uit te oefenen op de wijze waarop de curator tot verkoop van de onderneming overgaat. Zij kunnen op basis van artikel 69 Fw tegen de transactie opkomen en de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen deze niet uit te voeren. Crediteuren hebben in de hiervoor beschreven situatie dus geen invloed op de door de schuldenaar voorbereide verkoop en worden net als de curator hiermee eerst na de faillietverklaring geconfronteerd. De voorgestelde regeling leidt er nu juist toe dat de positie van de crediteuren wordt verbeterd. De regeling brengt mee dat de voorbereiding van de verkoop van de bedrijfsonderdelen plaatsvindt onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. Zij waken in de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement over de belangen van de crediteuren. Bovendien leidt de regeling ertoe dat de crediteuren – door middel van het eindverslag van de beoogd curator (vlg. artikel 366, vierde en vijfde lid) dat ter griffie wordt gedeponeerd en daar ter inzage wordt gelegd – eerder dan nu het geval kennis kunnen nemen van de verkoop en doorstart van de bedrijfsonderdelen en van hetgeen zich heeft voorgedaan in de '*stille fase*' voorafgaand aan het faillissement.

[18] mr. M.J. Cools, '*Een doorstart in voorverpakking*', FIP 2013/8.
[19] HR 27 augustus 1937, NJ 1938/9.

De informatieverstrekking vindt weliswaar achteraf plaats, maar daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat zodra bekend wordt dat een onderneming zich in financiële moeilijkheden bevindt en een faillissement aanstaande is, zij doorgaans te maken krijgt met negatieve publiciteit en als gevolg daarvan terechtkomt in een ongecontroleerd proces dat haar waarde in snel tempo doet afnemen. De realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van het voldoen van de vorderingen van de crediteuren wordt door een ongecontroleerde openbaarheid bemoeilijkt. Dit zou nog worden versterkt indien alle crediteuren zouden moeten worden geïnformeerd vooraleer de verkoop van de gezonde delen van de onderneming tot stand kan komen: dit kost tijd en leidt tot verder waardeverlies en kan daardoor een doorstart zelfs illusoir maken. Dit wetsvoorstel berust op het uitgangspunt dat het – gelet op zijn taak als behartiger van de belangen van de gezamenlijke crediteuren – in de eerste instantie aan de beoogd curator is om na te gaan of een juist evenwicht wordt geboden tussen de ruchtbaarheid die nodig is om potentiële kopers van delen van de onderneming te bereiken en anderzijds de stilte die is vereist om de redding van de levensvatbare gedeelten van de onderneming in relatieve rust te kunnen voorbereiden en met de verkoop een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. De afwegingen die in dit proces worden gemaakt, moeten vanzelfsprekend naderhand verantwoord kunnen worden. Juist in dat kader is een zorgvuldige informatieverschaffing van groot belang. Om dit te benadrukken is in het voorgestelde artikel 366, derde lid, bepaald dat de beoogd curator nadat de aanwijzing is geeindigd onverwijld verslag uitbrengt over zijn bevindingen in de periode vanaf het moment dat hij als beoogd curator werd aangewezen. Niets staat eraan in de weg dat indien blijkt dat daaraan behoefte bestaat, de rechtbanken aangeven aan welke criteria de inhoud van een dergelijk verslag moet voldoen, zoals ook bij de '*pre-pack*' in het Verenigd Koninkrijk is gebeurd.

5. Consultatie

Een voorontwerp is in het najaar van 2013 via het internet in consultatie gegaan.[20] Verder zijn alle betrokken belangenorganisaties aangeschreven en daarbij om advies gevraagd en is het wetsontwerp besproken met de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht. Naast de nodige individuele reacties zijn commentaren ontvangen van de volgende koepels en bedrijven: de Raad voor de rechtspraak (hierna: de Rvdr), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: de NVvR), de Vereniging Insolventierecht Advocaten (hierna: INSOLAD), de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA), mr. M.R. van Zanten namens CMS Derks Star Busmann N.V. (hierna: mr. Van Zanten), mr. D.P. Schalken namens Bogaerts & Groenen advocaten (hierna: mr. Schalken), de praktijkgroep Ondernemingsrecht, Insolventie & Procesrecht van AKD advocaten en notarissen, mr. Ph. W. Schreurs namens Boels Zanders advocaten (hierna: mr. Schreurs), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Nederlandse Vereniging Leasemaatschappijen (NVL), VNO-NCW en MKB Nederland (VNO-NCW/MKB), de FNV en mr. P. Hufman, mr. J. van der Pijl en mr. I. Zaal namens de vakgroep arbeidsrecht van de Universiteit van Amsterdam (UvA).

Belangrijkste aandachtspunten uit de consultatie

De consultatie heeft veel steun opgeleverd voor het wetsvoorstel dat – zoals veel respondenten benadrukken – tegemoet komt aan de sterke roep uit de praktijk om wetgeving waarbij een Nederlandse variant van de '*pre-pack*' wordt geïntroduceerd. Ook is instemmend gereageerd op het feit dat gekozen is voor een kaderregeling die ruimte biedt voor nadere invulling door de praktijk. Alleen de NOvA twijfelt aan het nut en de noodzaak van de voorgestelde regeling. In reactie hierop moet opgemerkt worden dat de voorgestelde regeling – zoals hiervoor beschreven – geïnspireerd is op een bestaande praktijk bij acht van de elf rechtbanken en dat er vanuit diezelfde praktijk en ook vanuit de politiek een roep is om te komen tot een wettelijke verankering daarvan. Voorts heeft de Europese Commissie onlangs nog in haar aanbeveling van 12 maart 2014 de lidstaten opgeroepen om te komen met maatregelen die er – kort gezegd – voor zouden moeten zorgen dat '*levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden efficiënt kunnen worden geherstructureerd en eerlijke ondernemers een tweede kans krijgen*'.[21] De voorgestelde regeling past binnen dat kader.
In de consultatie werden desalniettemin ook verschillende suggesties gedaan tot aanpassing van de regeling, dan wel de toelichting daarop. Daarbij ging het vooral om:
– een nadere invulling van de rol en van de taken en bevoegdheden van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris;
– een aanscherping van de waarborgen tegen misbruik of oneigenlijk gebruik van de regeling;
– het zorgen voor meer transparantie naar crediteuren;
– het beperken van het risico op onbedoelde negatieve gevolgen van de toepassing van de regeling (concurrentievervalsing);

[20] http://www.internetconsultatie.nl.
[21] http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_nl.pdf.



In de hierna volgende artikelsgewijze toelichting is steeds per artikel aangegeven hoe met deze suggesties is omgegaan.

Daarnaast kwamen tijdens de consultatie drie aandachtspunten naar voren die het beste hier in algemene zin besproken kunnen worden, te weten:

- de vennootschapsrechtelijke vraag of een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator een besluit is dat goedkeuring behoeft van de Algemene vergadering van Aandeelhouders (hierna: de AVA), en
- de arbeidsrechtelijke vragen:
  a) of er sprake is van een adviesplichtig besluit in de zin van artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden wanneer een onderneming besluit bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een beoogd curator, en
  b) hoe de voorgestelde regeling zich verhoudt tot de wetgeving voortvloeiend uit Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

Toestemming AVA

In de consultatie is onder andere door de NVB en mr. Van Zanten opgeroepen tot het verschaffen van duidelijkheid over de vraag of het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator een besluit is dat goedkeuring behoeft van de AVA. Daarbij werd – voor zover het de naamloze vennootschap (hierna: NV) betreft – verwezen naar artikel 2:107a van het Burgerlijk Wetboek (BW). In het eerste lid van dat artikel is bepaald dat het bestuur van een NV bij besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming goedkeuring dient te vragen van de AVA. Uit onderdeel a van de betreffende bepaling volgt dat een zodanig besluit in ieder geval is een besluit tot overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde.

In het geval dat een schuldenaar een vennootschap is, wordt het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator namens de vennootschap ingediend door haar bestuur. Voor de beantwoording van de vraag of het bestuur daartoe goedkeuring nodig heeft van de AVA is – voor zowel de BV als de NV – in de eerste plaats van belang dat uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het aan het bestuur van de vennootschap is om het beleid en de strategie van de vennootschap te bepalen.[22] De beslissing om bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een beoogd curator valt binnen die autonomie van het bestuur. Financiële problemen laten zich het best oplossen wanneer zij in een vroeg stadium worden onderkend en aangepakt. Daarom is een van de doelstellingen van het programma herijking van het faillissementsrecht, waarvan dit wetsvoorstel deel uitmaakt, het stimuleren van ondernemers om tijdig hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt. De verantwoordelijkheid voor het tijdig inroepen van hulp berust – gelet op haar taak als bepaler van de strategie en het beleid binnen de onderneming – bij het bestuur van de vennootschap, dat daarbij het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming in acht dient te nemen. Het verzoeken om de aanwijzing van een beoogd curator is daarvoor een belangrijk instrument waarvan het bestuur van de onderneming naar eigen inzicht gebruik moet kunnen maken.
Voorts is voor de NV – in verband met het bepaalde in artikel 2:107a, eerste lid, BW – nog relevant dat de aanwijzing van een beoogd curator geen verandering meebrengt in de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. De aanwijzing leidt er immers slechts toe dat de rechtbank aanwijst wie zij, mocht het daadwerkelijk tot een faillissement komen, zal aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris. Vervolgens worden deze personen in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement betrokken teneinde de afwikkeling van dat eventueel volgende faillissement te faciliteren en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo een hoog mogelijke prijs, te vergroten. Wordt de aanwijzing gevraagd met het oog op de voorbereiding van een doorstart na faillissement, dan is nog van belang op te merken dat het eerder genoemde artikel 2:107a, eerste lid, onderdeel a, BW ook niet van toepassing is op het moment dat de doorstart na de faillietverklaring wordt geëffectueerd. Artikel 23 Fw bepaalt immers dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest. Aldus is de schuldenaar, in casu het bestuur van de vennootschap, na de faillietverklaring niet meer bevoegd te besluiten tot verkoop van de levensvatbare onderdelen van de door de vennootschap gedreven onderneming en is de AVA niet meer bevoegd om al dan niet hieraan haar goedkeuring te geven. Dat besluit wordt genomen door de curator, op grond van artikel 101 lid 1 Fw.
De beslissing om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator bij de rechtbank in te dienen valt om bovengenoemde redenen op basis van de wet dus niet onder de categorie besluiten waarvoor het

[22] HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Forumbank); HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 (ABN AMRO) en HR 9 juli 2010, JOR 2010/228 (ASMI).

bestuur goedkeuring behoeft van de AVA. Voorts is in het voorgestelde artikel 363, zesde lid, bepaald dat een bepaling in de statuten die hiervan afwijkt – en waarin dus bepaald is dat voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator de goedkeuring van de AVA is vereist – nietig is. Hetzelfde geldt voor een beding in een regeling – die buiten de statuten om – tussen de aandeelhouders en de rechtspersoon is overeengekomen. De statuten van een vennootschap, waarin – kort gezegd – de belangrijkste spelregels voor het reilen en zeilen binnen de organisatie worden opgenomen, worden vastgesteld door de oprichters van de vennootschap of later door de aandeelhouders. Een regeling tussen de aandeelhouders en de rechtspersoon, wordt aangegaan tussen de aandeelhouders en de bestuurders van de rechtspersoon. Partijen hebben daarbij in beginsel contractsvrijheid. Een bepaling waarin wordt voorgeschreven dat voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator de goedkeuring van de AVA vereist is, zou – terwijl partijen zich daar bij de vaststelling van de statuten of het aangaan van de regeling wellicht onvoldoende van bewust zijn – het later onmogelijk kunnen maken om nog gebruik te kunnen maken van de bij dit wetsvoorstel geboden mogelijkheid om in relatieve rust een mogelijk aankomend faillissement van een onderneming voor te kunnen bereiden en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo een hoog mogelijke prijs, te vergroten. Daarvoor is immers nodig dat de aanwijzing van de beoogd curator in stilte plaatsvindt. Mocht voor de indiening van het verzoek door de bestuurders eerst toestemming moeten worden gevraagd van de AVA, dan zal het vooral bij grotere vennootschappen met veel aandeelhouders in de praktijk vrijwel onmogelijk zijn om de aanwijzing van de beoogd curator stil te houden. Het feit dat een groot aantal personen (de aandeelhouders) eerst moeten worden opgeroepen voor de vergadering waarbij zij vervolgens worden ingelicht over de financiële problemen en het daarmee samenhangende voornemen om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in te dienen, brengt een groot risico mee dat ‘*het nieuws*’ over de financiële problemen op straat ligt nog voordat het verzoek is ingediend.

Advies OR

In de consultatie verzochten FNV en mr. Van Zanten duidelijkheid te verschaffen over de vraag of een onderneming die voornemens is bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een beoogd curator hierover eerst advies zou moeten vragen van de OR. Daarbij werd in het bijzonder verwezen naar artikel 25 lid 1, onderdelen e en n, van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Om de hierna te noemen redenen meen ik dat dit niet het geval is.
Artikel 25 lid 1 WOR kent de OR ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van de onderneming een adviesrecht toe. De onderdelen e en n van het eerste lid betreffen besluiten ter zake van:
– ‘*een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming*’ (onderdeel e), en
– ‘*het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming betreffende een der hiervoor* [in de onderdelen a tot en met m] *bedoelde aangelegenheden*’ (onderdeel n).

Het besluit om bij de rechtbank een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in te dienen valt niet onder onderdeel e omdat – zoals in paragraaf 3 al werd opgemerkt – de aanwijzing van een beoogd curator geen ‘*wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming*’ brengt: de aanwijzing brengt geen verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Voorts valt het verzoek ook niet onder onderdeel n omdat – zoals eveneens beschreven in paragraaf 3 – de beoogd curator geen adviseur is van de schuldenaar. Genoemd besluit valt verder ook niet onder de andere categorieën besluiten die zijn op genomen in de overige onderdelen van artikel 25 lid 1 WOR.

Richtlijn overgang ondernemingen

Afdeling 7.10.8 BW omvat een regeling betreffende de bescherming van de rechten van werknemers bij overgang van een onderneming. De regeling is gebaseerd op de Richtlijn 1977/187 van 14 februari 1977 inzake het behoud van rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (*PbEG* 5 maart 1977, L 61/26). Deze richtlijn werd vervangen door Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (*PbEG* 17 juni 1998, L 201/88), waarbij de regeling uit 1977 werd verduidelijkt en aangepast naar aanleiding van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. Met Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (*PbEG* 22 maart 2001, L 82/16) (hierna: de richtlijn) werd de regeling opnieuw vastgesteld. De genoemde richtlijnen beoogden – kort gezegd – te bewerkstelligen dat de werknemers van een onderneming in het geval van een overgang van die onderneming van rechtswege – op dezelfde voorwaarden als zij in dienst zijn van de vervreemder – in dienst treden van de verkrijger van de onderneming.
Zoals bepaald in de artikelen 3 en 4 van de richtlijn en de artikelen 7:663 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW betekent dit kort gezegd dat de werknemers na de overgang van de onderneming hun rechten uit de voor de overgang bestaande arbeidsovereenkomst behouden en dat de overgang van

de onderneming op zichzelf geen reden vormt voor ontslag. Daarbij wordt ingevolge artikel 7:662 lid 2 BW onder '*de overgang* [van een onderneming]' verstaan '*de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt*'.
In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat de artikelen 3 en 4 van de richtlijn, tenzij de lidstaten anders bepalen, niet van toepassing zijn wanneer '*de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)*'. In artikel 7:666 BW is naar aanleiding hiervan voorgeschreven dat de artikelen 7:662 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.
In de consultatie werd door de NOvA, de FNV, de UvA en in één van de individuele reacties de vraag opgeworpen of dit anders is wanneer voor de faillietverklaring een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen wordt voorbereid onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. In dit kader is relevant op te merken dat de Hoge Raad zich al heeft uitgesproken over de situatie waarin gedurende een surseance van betaling een doorstart vanuit faillissement werd voorbereid, welke doorstart na de faillietverklaring door de curator in faillissement werd geëffectueerd.[23] Deze situatie is vergelijkbaar met de situatie waarin voorafgaand aan een faillietverklaring sprake is van een aanwijzing van een beoogd curator. Gedurende de surseance van betaling worden voorbereidingen getroffen voor een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen vanuit faillissement. Net als het geval in de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement die aanvangt met de aanwijzing van een beoogd curator, is de toekomstig curator – in dit geval in zijn hoedanigheid van bewindvoerder in de surseance – daarbij betrokken. Wanneer de tijd rijp is verzoekt de bewindvoerder – met instemming van de schuldenaar aan wie surseance van betaling is verleend – de rechtbank de surseance van betaling in te trekken onder gelijktijdige uitspraak van het faillissement (art. 242 lid 1 sub 5 jo. lid 4 Fw). De bewindvoerder wordt dan doorgaans aangesteld als curator in dat faillissement. Dit maakt mogelijk dat de voorbereide doorstart vrij snel na de faillietverklaring door de curator kan worden geëffectueerd.
In zijn arrest liet de Hoge Raad zich in het bijzonder uit over de vraag of in de beschreven situatie het tijdstip van overgang kan worden geacht te liggen vóór omzetting van de surseance van betaling in een faillissement, waardoor de bepalingen omtrent overgang van onderneming onverkort van toepassing zouden zijn. De Hoge Raad heeft in zijn arrest geoordeeld dat aan de hand van het gewicht van de verrichte handelingen moet worden vastgesteld op welk moment sprake is van een overgang van de onderneming. Indien kan worden gezegd dat het belangrijkste gedeelte van de handelingen/transacties waarmee de doorstarter in staat wordt gesteld om de onderneming voort te zetten, plaats vinden na de faillietverklaring, vindt de overgang van de onderneming plaats vanuit faillissement en gaan de rechten en verplichtingen jegens de werknemers van de gefailleerde niet over op de doorstarter.
Dit uitgangspunt volgend moet worden geconcludeerd dat het antwoord op de eerder genoemde vraag ontkennend is; de artikelen 7:662 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW zijn niet van toepassing wanneer sprake is van overgang van bedrijfsonderdelen vanuit faillissement en daarbij maakt het geen verschil of die overgang voorafgaand aan het faillissement is voorbereid onder het toeziend oog van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris. Hiervoor zijn de volgende redenen.
De aanwijzing van een beoogd curator leidt er toe dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris worden betrokken bij de voorbereiding het mogelijke faillissement en, indien aan de orde, het traject waarbij op initiatief van de schuldenaar wordt gezocht naar mogelijke overnamekandidaten voor rendabele bedrijfsonderdelen. Dit houdt in ieder geval in dat de beoogd curator meekijkt, zich laat informeren en zich een oordeel vormt over de gang van zaken binnen de onderneming en, indien aan de orde, over het verkoopproces dat door de schuldenaar is ingezet en dat hij de beoogd rechter-commissaris hierover informeert. De '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement kan in die zin gezien worden als een soort onderzoeks- of '*due diligence*' fase. Indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan de beoogd curator de schuldenaar ook op een iets actievere wijze bijstaan in het voorbereidingstraject. Belangrijk daarbij is echter dat de beoogd curator in de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement die aanvangt met zijn aanwijzing, geen enkele wettelijke bevoegdheid heeft om de schuldenaar c.q. haar vermogen te binden. Dit betekent dat er vóór de faillietverklaring dus nog geen definitieve en bindende overeenstemming over een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming na faillissement kan bestaan. De vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, de verkoop en de daarop volgende doorstart uit faillissement uiteindelijk doorgang kan vinden is ten tijde van de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement nog afhankelijk van een aantal omstandigheden die buiten de wil van de schuldenaar en de potentiele koper/overnamepartij liggen:
– De rechtbank dient nog te besluiten op de aanvraag van het faillissement en zou tot de conclusie kunnen komen dat niet is voldaan aan de voorwaarde om die aanvraag toe te wijzen (artikel 1,

[23] HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/191 (*Happé/Scheepstra*).

eerste lid, Fw); er zijn financiële problemen, maar de schuldenaar bevindt zich nog niet in een toestand dat hij is opgehouden te betalen en er zijn voor de schuldenaar alternatieven om zijn onderneming te reorganiseren en zijn financiële problemen buiten faillissement op te lossen.
– De rechtbank zou ten tijde van de faillietverklaring tot het oordeel kunnen komen dat sprake is van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen om van de eerdere aanwijzing af te wijken en zou uiteindelijk niet de als beoogd curator aangewezen persoon, maar een ander als curator in het faillissement kunnen aanstellen (artikel 14a).
– Na de faillietverklaring zouden zich nog omstandigheden voor kunnen doen die ertoe leiden dat de curator (of dit nu wel of niet de persoon is die ook al als beoogd curator was aangewezen) zich niet (meer) kan verenigen met het door de schuldenaar bereikte onderhandelingsresultaat; er melden zich bijvoorbeeld andere zeer serieus geïnteresseerden die voor de overname van de bedrijfsonderdelen een hogere prijs willen betalen.

Het wordt dus pas na de faillietverklaring definitief duidelijk of de overgang zal plaatsvinden en onder welke voorwaarden dat zal gebeuren, zodat de artikelen 7:662 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW niet van toepassing zijn.

6. Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingskosten

Wanneer een schuldenaar bij de rechtbank een verzoek indient tot aanwijzing van een beoogd curator, zal hij de rechtbank in het kader van dat verzoek informatie moeten verschaffen over – kort gezegd – de (financiële) situatie waarin zijn onderneming zich bevindt. De schuldenaar zal daartoe ook bepaalde stukken moeten overleggen (zie hierover meer in de toelichting bij artikel 363, eerste en tweede lid). Wordt het verzoek van de schuldenaar ingewilligd, dan zal de schuldenaar vervolgens de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen dienen te verschaffen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn taak in de '*stille voorfase*' van het eventuele faillissement. Het betreft hier dus informatieverplichtingen die slechts ontstaan wanneer ondernemers er zelf voor kiezen om de rechtbank, de eventueel toekomstige curator en rechter-commissaris bij de voorbereiding van een mogelijk aankomend faillissement te betrekken. Overigens geldt dat het ook in het belang van de schuldenaar zelf is dat hij de rechtbank en de beoogd curator deze informatie verschaft. Alleen dan immers kan het resultaat dat hij met het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator nastreeft, worden bereikt; de voorbereiding van het mogelijk aankomend faillissement en, indien aan de orde, de vergroting van de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo'n hoog mogelijke prijs. Voorts geldt dat wanneer het daadwerkelijk tot een faillietverklaring zou komen, de schuldenaar op basis van de huidige Faillissementswet in het faillissement reeds verplicht zou zijn deze informatie aan de curator te verschaffen (artikel 105 Fw). Om die reden kunnen deze informatieverplichtingen niet gezien worden als nieuwe wettelijke informatieverplichtingen voor bedrijven jegens de overheid en is er mitsdien geen sprake van nieuwe administratieve lasten.
Wat betreft de werklast voor de rechtelijke macht moet het volgende opgemerkt worden. Het wetsvoorstel is deels een codificatie van de huidige praktijk bij acht van de elf rechtbanken, waarbij de rechtbank reeds voorafgaand aan een faillietverklaring vooral via een rechter-commissaris betrokken is bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement van een onderneming, en indien aan de orde, de voorbereiding van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen. In die zin geeft het wetsvoorstel slechts een grondslag aan een bestaande praktijk. Bovendien betekent deze aanpak deels een verschuiving van toezichthoudende werkzaamheden van de rechter-commissaris naar een eerder tijdstip. Doordat de rechter-commissaris al voor de faillietverklaring heeft kunnen meekijken, zal hij wanneer het daadwerkelijk tot een faillissement komt een informatievoorsprong hebben. Dit zal een kostenbesparend effect meebrengen in de faillissementsprocedure, waarin controle op de curator plaatsvindt en waarin de periodieke verslaglegging en de belangen en eventuele klachten en aanspraken van de schuldeisers moeten worden beoordeeld. Er is daarom slechts sprake van een beperkte taakverzwaring bij met name die gerechten die deze praktijk thans nog niet toepassen, maar straks met de invoering van de voorgestelde wettelijke regeling wel.

Artikelsgewijs

Artikel I

Onderdeel A

Artikel 3c

In de Faillissementswet wordt een nieuw artikel 3c opgenomen. Het artikel regelt dat wanneer er in de '*stille fase*' voorafgaand aan een mogelijk faillissement die aanvangt met de aanwijzing van een beoogd curator (hierna ook: '*aanwijzingsperiode*') door een schuldeiser (hierna: aanvrager-schuldeiser) een faillissementsaanvraag wordt ingediend, de rechtbank de beoogd rechter-

commissaris, de beoogd curator en de schuldenaar hiervan onverwijld in kennis stelt. Daarbij is van belang op te merken dat de behandeling van de faillissementsaanvraag niet wordt opgeschort. In de consultatie werd hiernaar gevraagd door de Rvdr, Insolad en de NOvA.
Zoals eerder is opgemerkt, heeft de aanwijzing van de beoogd curator tot doel om in relatieve rust een mogelijk aankomend faillissement van een onderneming voor te bereiden en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo'n hoog mogelijke prijs, te vergroten. De aanwijzing kan er daarnaast ook toe bijdragen dat voor de financiële problemen alsnog een oplossing buiten faillissement wordt gevonden, waarmee een voortzetting van de onderneming kan worden gerealiseerd. Dit proces kan door de faillissementsaanvraag onder druk komen te staan. De behandeling van een faillissementsaanvraag vindt in de regel plaats binnen twee weken na de indiening van het verzoekschrift. Een toewijzing van de faillissementsaanvraag leidt automatisch tot het einde van de '*aanwijzingsperiode*' (artikel 366, tweede lid). Is er meer tijd nodig, dan zou de schuldenaar kunnen besluiten om contact op te nemen met de aanvrager-schuldeiser. De schuldenaar zou de aanvrager-schuldeiser kunnen inlichten over de voorbereidingen die voor het aanstaande faillissement worden getroffen en – zoals de Rvdr in de consultatie meegaf – hem hierbij kunnen betrekken. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de aanvrager-schuldeiser de rechtbank verzoekt zijn faillissementsaanvraag nog even aan te houden. Het is in dit kader van belang dat de schuldenaar snel op de hoogte wordt gesteld van de faillissementsaanvraag, zodat hij ook snel actie kan ondernemen richting de aanvrager-schuldeiser. Voor de beoogd curator is deze informatie van belang in het kader van de uitoefening van zijn rol in het kader van de voorbereiding van het mogelijke faillissement en zijn taak als behartiger van de belangen van de gemeenschappelijke schuldeisers in de daaraan voorafgaande '*stille voorfase*' (artikel 364, eerste lid). Dat de aanvrager-schuldeiser wordt betrokken bij het voorbereidingstraject geeft hem een informatievoorsprong ten opzichte van andere schuldeisers. Die mag er echter niet toe leiden dat de aanvrager-schuldeiser voor of na de faillietverklaring wordt bevoorrecht ten opzichte van de andere schuldeisers (met vorderingen van eenzelfde aard). Dit zou immers de *paritas creditorum* aantasten. De beoogd curator zal hierop toe moeten zien. Voor de beoogd rechter-commissaris is deze informatie relevant omdat hij toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator (artikel 365, tweede lid).
Insolad adviseerde de behandeling van de faillissementsaanvraag op te schorten en ging er daarbij vanuit dat de aanwijzing toch altijd van korte duur is, zodat het opschorten van de faillissementsaanvraag geen bezwaar zou zijn. De aanwijzing geldt in beginsel inderdaad voor een termijn van veertien dagen. In het later te bespreken artikel 363, derde lid, is echter bepaald dat die termijn op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank verlengd kan worden met een door de rechtbank te bepalen termijn. Gelet hierop is er niet voor gekozen om de behandeling van de faillissementsaanvraag automatisch op te schorten, maar om de beslissing daarover over te laten aan de aanvrager-schuldeiser. Daarbij speelt ook een rol dat een automatische opschorting van de faillissementsaanvraag met zich mee zou brengen dat de aanvrager-schuldeiser ingelicht zou moeten worden over de reden daarvan; dat wil zeggen dat aan hem bekend gemaakt zou moeten worden dat er sprake is van een aanwijzing van een beoogd curator. Met die bekendmaking zou direct de stilte worden doorbroken. Dit zou met name waar het voorbereidingsproces bijna is afgerond desastreuse gevolgen kunnen hebben; het met de aanwijzing van de beoogd curator beoogde resultaat zou vlak voor de eindstreep alsnog teniet kunnen gaan. Nu de faillissementsaanvraag niet wordt opgeschort en het feit dat er een '*aanwijzingsperiode'* loopt dus ook geen effect heeft op het recht van de schuldeisers om faillissement van de schuldenaar aan te vragen of op de termijn waarbinnen een dergelijke faillissementsaanvraag door de rechtbank wordt behandeld, is er geen reden om te bepalen dat de rechtbank de aanvrager-schuldeiser moet inlichten. Of de aanvrager-schuldeiser in kennis wordt gesteld van de lopende '*aanwijzingsperiode*', wordt nu dus overgelaten aan de schuldenaar. Zoals hiervoor beschreven, zal de schuldenaar hier reden toe hebben indien hij verwacht dat het met de aanwijzing beoogde resultaat niet gerealiseerd zal zijn voor de behandeling van de faillissementsaanvraag.

Onderdeel B

Artikel 5, eerste lid, Fw

Onderdeel B voorziet erin dat ook het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator komt te vallen onder de categorie verzoekschriften die door een advocaat moeten worden ingediend. De schuldenaar zal zich dus moeten laten bijstaan door een advocaat. Dit is gerechtvaardigd (zoals ook in de consultatie werd gesteld door mr. Van Zanten en mr. Schalken), omdat van belang is dat de schuldenaar voordat hij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator doet, wordt ingelicht over onder meer de voorwaarden waaraan dit verzoek, ingevolge artikel 363, eerste lid, moet voldoen, wil de rechtbank over kunnen gaan tot toewijzing daarvan.
Ook is van belang dat de schuldenaar voordat hij een dergelijk verzoek indient kennis heeft van de juridische betekenis van de aanwijzing van een beoogd curator. Zo is het belangrijk dat hij weet heeft van:
– wanneer de '*aanwijzingsperiode*' ingaat en wanneer en hoe deze kan eindigen (artikel 366);
– wat de rol en de taken en bevoegdheden zijn van de beoogd curator en de beoogd rechter-

commissaris (zie hierover de toelichting bij de artikelen 364 en 365);
– wat er van de schuldenaar zelf wordt verwacht, waarbij hij in ieder geval gewezen zal moeten worden op de inlichtingenplicht die ingevolge artikel 364, derde lid, gedurende de '*aanwijzingsperiode*' op hem zal rusten.

Verder is van belang dat de schuldenaar weet dat hij als enige verantwoordelijk blijft voor zijn eigen handelen: na de aanwijzing van de beoogd curator behoudt hij zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen. De advocaat zou de verzoeker mede daarom in ieder geval moeten adviseren voorzichtig te zijn bij het aangaan van nieuwe verplichtingen. In het geval dat de schuldenaar een vennootschap is, zal bijvoorbeeld gelden dat de bestuurders van die vennootschap zich er ter voorkoming van latere aansprakelijkheidsclaims steeds van moeten vergewissen of de vennootschap aangegane verplichtingen zal kunnen nakomen.[24]
Voorts is betrokkenheid van een advocaat ook gewenst omdat – zoals hierna in het kader van artikel 363, tweede lid, zal worden toegelicht – het verzoek goed beargumenteerd en onderbouwd zal moeten worden. Mr. Van Zanten wees er in de consultatie op dat de betrokkenheid van een advocaat hiermee in zekere zin ook als een zeef zou kunnen fungeren en kan voorkomen dat de rechtbank geconfronteerd wordt met gevallen die zich niet lenen voor aanwijzing van een beoogd curator of met verzoeken die onvoldoende onderbouwd zijn.
In het voorontwerp werd in deze bepaling ook nog verwezen naar artikel 198 Fw. In de consultatie werd er door mr. Van Zanten echter terecht op gewezen dat dit artikel bij de inwerkingtreding van de Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte, op 1 januari 2003 is vervallen.

Onderdelen C, D, E, F en G

Artikelen 6, eerste lid, en 215, vierde lid, Fw

Wanneer de rechtbank een faillissementsaanvraag of aangifte ontvangt, zal zij het daartoe ingediende verzoekschrift in raadkamer behandelen (vlg. artikel 4 Fw). Is de faillietverklaring overeenkomstig artikel 1, eerste lid, Fw door één of meer schuldeisers aangevraagd, dan zullen deze door de rechtbank over de aanvraag worden gehoord. Ingevolge artikel 6, eerste lid, Fw kan de rechtbank ook de schuldenaar oproepen om hem over de faillissementsaanvraag of aangifte te horen. Naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad gebeurt dit thans in vrijwel alle gevallen.[25] In onderdeel C wordt hieraan nu toegevoegd dat wanneer voorafgaand aan de faillissementsaanvraag of aangifte sprake is geweest van een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, de rechtbank ook de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator over de aanvraag of aangifte hoort.
In het voorontwerp was nog bepaald dat de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator '*in de gelegenheid diende te stellen te worden gehoord*'. Hiermee werd het initiatief om al dan niet gehoord te worden, gelegd bij de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. De aangepaste formulering is strikter; de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator dienen door de rechtbank te worden oproepen teneinde te worden gehoord en niet '*slechts*' in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord. Met deze gewijzigde formulering wordt een in de consultatie door de Rvdr gedane suggestie opgevolgd. De Rvdr adviseerde om in de onderhavige wijzigingsbepaling meer aan te sluiten bij de systematiek van artikel 73 Fw, dat het ontslag en de vervanging van de curator, alsmede de toevoeging van een medecurator tijdens faillissement regelt. In het kader van dat artikel is ook sprake van een '*kring van te horen personen*'; alvorens de rechtbank beslist over het ontslag van de curator of de toevoeging van een mede-curator hoort zij in ieder geval de curator en de rechter-commissaris (laatstgenoemde vlg. artikel 65 Fw) en eventueel de schuldenaar en, indien aan de orde, de schuldeisers die het verzoek tot ontslag van de curator hebben ingediend. Bij de behandeling van een faillissementsaanvraag of aangifte dient de rechtbank zich de vraag te stellen wie zij zal aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris. Is er voorafgaand aan het faillissement sprake geweest van een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, dan zal de rechtbank bij de faillietverklaring in beginsel de eerder door haar aangewezen personen aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris (artikel 14a). Zoals de Rvdr in de consultatie opmerkte, kunnen er zich net als tijdens faillissement in de '*aanwijzingsperiode*' echter bezwaren ontwikkelen tegen de beoogd curator. Het ligt daarom voor de hand om bij de behandeling van een op een '*aanwijzingsperiode*' volgende faillissementsaanvraag of aangifte – waarbij dus ook de vraag beantwoord zal moeten worden of de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris '*kunnen aanblijven*' in het faillissement – uit te gaan van eenzelfde '*kring van te horen personen*' als in het kader van artikel 73 Fw.
In de consultatie merkte de Rvdr nog wel op dat de relevantie voor de beslissing over de faillietverkla-

[24] HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel).
[25] HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 196.

ring van de bevindingen van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris afneemt naarmate er meer tijd is verstreken tussen de '*aanwijzingsperiode*' en de behandeling van het verzoek of de eigen aangifte. Om die reden is een onderscheid gemaakt tussen:
– de gevallen waarin *minder dandrie maanden* is verstreken tussen het einde van de '*aanwijzingsperiode*' en de indiening van de faillissementsaanvraag of aangifte – de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris worden dan altijd gehoord – en
– de gevallen waarin *meer dan drie maanden* is verstreken tussen het einde van de '*aanwijzingsperiode*' en de indiening van de faillissementsaanvraag of aangifte – de rechtbank kan besluiten de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris te horen, maar hoeft dat dan niet te doen.

De termijn van drie maanden werd door de Rvdr in zijn advies genoemd als een relevante tijdspanne. De NVvR stelde tijdens de consultatie de vraag of het, waar het gaat om een faillissementsaanvraag, de bedoeling is dat de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator en de schuldenaar worden gehoord in aanwezigheid van de aanvrager. Dit wordt niet voorgeschreven. Of dit in de desbetreffende situatie wenselijk is, wordt overgelaten aan de rechtbank.
Uit de eerder genoemde proeven in de praktijk blijkt, dat het ook mogelijk is dat op een '*aanwijzingsperiode*' niet een faillietverklaring, maar de verlening van surseance van betaling volgt. In zijn reactie in de consultatie noemt mr. Van Zanten ook een voorbeeld hiervan. Voor die gevallen wordt in artikel 215, vierde lid, Fw eenzelfde regeling opgenomen als in artikel 6, eerste lid, Fw; alvorens wordt beslist over het definitief verlenen van de gevraagde surseance van betaling, hoort de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator hierover.

Artikelen 6, vijfde lid, en 218, zevende lid, Fw

Op advies van de Rvdr wordt aan artikel 6 een nieuw vijfde lid toegevoegd waarin is bepaald dat wanneer aan een faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vooraf is gegaan, dit in het vonnis van de faillietverklaring wordt vermeld. Dit geeft – te samen met het eindverslag dat de beoogd curator ingevolge artikel 366, derde lid, binnen zeven dagen na de faillietverklaring dient uit te brengen – op het moment van uitspreken van het faillissement de gewenste openheid naar derden.
Ook nu is de eerder genoemde opmerking van de Rvdr van belang; te weten dat de relevantie van de bevindingen van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voor de betrokkenen bij het faillissement afneemt naarmate er meer tijd is verstreken tussen de '*aanwijzingsperiode*' en de faillietverklaring. Daarom geldt dat wanneer er ten tijde van de indiening van de faillissementsaanvraag of aangifte meer dan drie maanden is verstreken sinds de intrekking van de aanwijzing (vlg. artikel 366, eerste lid) de rechtbank de '*aanwijzingsperiode*' in beginsel *niet meer* in het faillissementsvonnis zal noemen. Mocht de rechtbank echter van mening zijn dat het voor derden – ondanks de inmiddels verstreken tijd – toch nog relevant kan zijn om kennis te nemen van het feit dat in het verleden sprake is geweest van een aanwijzing van een beoogd curator, dan *kan* zij dit *wel* in het faillissementsvonnis noemen.
Zoals eerder is opgemerkt, zou op een '*aanwijzingsperiode*' in plaats van een faillietverklaring ook de verlening van surseance van betaling kunnen volgen. Daarom wordt aan artikel 218, zevende lid, een zin toegevoegd waarin eenzelfde bepaling wordt opgenomen.

Artikelen 14a, 215, derde lid, en 223a, tweede lid, Fw

Is er voorafgaand aan een faillissement sprake geweest van een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, dan zal de rechtbank bij de faillietverklaring in beginsel de eerder door haar aangewezen personen aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris. Is er ten tijde van de faillietverklaring echter sprake van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen voor de rechtbank om van haar eerdere aanwijzing af te wijken, dan heeft de rechtbank de mogelijkheid om in het faillissement alsnog een ander persoon als curator aan te stellen en/of een ander lid als rechter-commissaris te benoemen. Dit uitgangspunt wordt neergelegd in een nieuw in de Faillissementswet op te nemen artikel 14a.
De rechtbank kan op de hoogte raken van gewijzigde omstandigheden doordat de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris of de schuldenaar de rechtbank daarvan op de hoogte stellen. Het is ook mogelijk dat een aanvrager-schuldeiser met informatie komt die de rechtbank tot de conclusie laat komen dat er sprake is van redenen om van haar eerdere aanwijzing af te wijken. Dit is een van de redenen waarom het van belang is dat alvorens op de faillissementsaanvraag of aangifte wordt beslist de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator, de schuldenaar en, indien aan de orde, de aanvrager-schuldeiser door de rechtbank worden gehoord (zie de toelichting bij de artikelen 6, eerste lid, en 215, vierde lid, Fw).
Stelt de rechtbank in het faillissement uiteindelijk niet de als beoogd curator aangewezen persoon, maar een ander aan als curator (hierna: '*nieuwe curator*') dan betekent dit – zoals de NOvA in de consultatie opmerkte – niet direct dat alle in de '*aanwijzingsperiode*' door de beoogd curator vergaarde kennis en verrichte voorbereidingen verloren gaan. De beoogd curator laat immers een

eindverslag achter waarop de ‘*nieuwe curator*’ zich vervolgens zal kunnen baseren (artikel 366, derde lid). De ‘*nieuwe curator*’ zal zich echter wel in het faillissement moeten inwerken en dit zal tijd kosten. Vooral daar waar de aanwijzing van de beoogd curator was verzocht om in relatieve rust een mogelijke verkoop en spoedige doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen voor te bereiden, kan dit ertoe leiden dat het met de aanwijzing beoogde resultaat – een zo hoog mogelijke opbrengst en behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid – uiteindelijk toch niet wordt bereikt. In zijn reactie op het voorontwerp beschreef mr. Van Zanten hoe hij in de praktijk had ervaren dat de aanstelling van een ‘*nieuwe curator*’ ertoe leidde dat een op zichzelf goed voorbereide doorstart alsnog mislukte. Gevolg was een groter aantal werknemers dat werkloos raakte en schuldeisers die gedupeerd werden omdat bij de liquidatieverkoop die plaatsvond enige tijd na de faillietverklaring een lagere opbrengst werd gerealiseerd; de curator kon op dat moment bij de koopprijs geen vergoeding voor goodwill meer bedingen. Gelet hierop is bepaald dat wanneer er aan een faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vooraf is gegaan, de rechtbank in beginsel bij haar eerdere aanwijzing blijft. Dat wil zeggen dat zij bij de faillietverklaring:
– de eerder als beoogd curator aangewezen persoon aanstelt als curator, en
– het eerder als beoogd rechter-commissaris aangewezen lid benoemd als rechter-commissaris.

De rechtbank zal alleen van haar eerdere aanwijzing afwijken indien sprake is van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen om dit te doen. In het voorontwerp werd nog gesproken over ‘*gewichtige redenen*’. In de consultatie bleek – naar aanleiding van een opmerking van de Rvdr – echter dat de term ‘*gewichtige*’ overbodig was en slechts tot verwarring zou kunnen leiden. Deze term is in het wetsvoorstel daarom geschrapt.
Redenen die kunnen leiden tot het ontslag van een curator in faillissement op basis van artikel 73 Fw zouden logischerwijs eveneens redenen kunnen zijn om een als beoogd curator aangewezen persoon uiteindelijk toch niet als curator in het faillissement aan te stellen. Zo zou een na de aanwijzing aan het licht gekomen schijn van belangenverstrengeling een reden kunnen zijn.[26] In de toelichting bij het voorontwerp werd als voorbeeld ook genoemd een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator. Hierbij moet echter worden aangetekend dat een vertrouwensbreuk zeker niet altijd aanleiding hoeft te geven tot het aanstellen van een ‘*nieuwe curator*’. Zoals de Rvdr en ook de NOvA ook al opmerkten in de consultatie staat het de rechtbank ook dan nog steeds vrij om de beoogd curator aan te stellen tot curator: het kan immers zo zijn dat de beoogd curator (nog steeds) het meest geschikt is om het faillissement af te wikkelen. Artikel 14a biedt de rechtbank in zo een situatie de mogelijkheid een ander aan te stellen als curator, maar verplicht haar daartoe niet.
Omdat op een ‘*aanwijzingsperiode*’ in plaats van een faillietverklaring ook de verlening van surseance van betaling zou kunnen volgen en het dan – eveneens om bovengenoemde redenen – wenselijk is dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris worden aangesteld als respectievelijk bewindvoerder en rechter-commissaris, wordt in artikel 215 Fw een nieuw derde lid opgenomen en aan artikel 223a Fw een nieuw tweede lid toegevoegd, waarin dit wordt geregeld.

Onderdeel H

Titel IV ‘Buiten faillissement en surseance van betaling’

Na artikel 362 Fw wordt een nieuwe Titel IV ‘*Buiten faillissement en surseance van betaling*’ opgenomen. Zoals opgemerkt in paragraaf 1 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting wordt er binnen het wetgevingsprogramma ook gewerkt aan een regeling die een dwangakkoord buiten faillissement mogelijk moet maken. Bedoeling is om die regeling samen met de bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling op te nemen in twee afzonderlijke afdelingen in de nieuwe Titel IV. De bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling wordt opgenomen in een nieuwe afdeling 4.1 (*Aanwijzing van een beoogd curator*). Gelet op het feit dat beide regelingen wel binnen de context van het faillissement en de surseance van betaling gezien moeten worden, maar niet binnen de context van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, is overwogen om deze regelingen na Titel II in te voegen in een nieuwe Titel IIA. De voorgestelde regeling betreffende de aanwijzing van een beoogd curator omvat echter al vijf artikelen en de verwachting is dat de regeling over het dwangakkoord buiten faillissement nog meer artikelen zal gaan omvatten. Zouden beide regelingen ingevoegd worden na Titel II, dan zou dit dus betekenen dat de artikelen in Titel III vernummerd zouden moeten worden of dat de nieuwe Titel IIA een groot aantal artikelen zou gaan omvatten met een nummer- en lettercombinatie. Omdat geen van beide van opties een gewenst resultaat zou opleveren, is uiteindelijk besloten om de regelingen betreffende de aanwijzing van een beoogd curator en het dwangakkoord buiten faillissement op te nemen aan het slot van de Faillissementswet in een nieuwe Titel IV.
Ten opzichte van het voorontwerp is de volgorde van de artikelen in de nieuwe afdeling 4.1 (*Aanwijzing van een beoogd curator*) gewijzigd. Op advies van de Rvdr is gekozen voor een herschikking van de wetsartikelen. In de nieuwe indeling wordt eerst geregeld wanneer een schuldenaar om de

[26] Rb. Rotterdam 21 juni 2007, LJN BA7841.

aanwijzing van een beoogd curator kan vragen en op welke wijze dit verzoek bij de rechtbank kan worden ingediend. Ook wordt bepaald hoe de rechtbank een dergelijk verzoek in behandeling neemt en wanneer zij dit zou kunnen inwilligen, evenals welke voorwaarden zij daaraan zal (kunnen) verbinden (artikel 363). Vervolgens worden de taakomschrijving van de beoogd curator en van de beoogd rechter-commissaris besproken (artikelen 364 en 365). Tenslotte komen het einde van de '*aanwijzingsperiode*' en het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem geraadpleegde derden aan bod (artikelen 366 en 367).

Artikel 363

Artikel 363 voorziet in procedurevoorschriften waarin is bepaald wanneer een schuldenaar om de aanwijzing van een beoogd curator kan vragen en op welke wijze dit verzoek kan worden gedaan. Ook is geregeld hoe de rechtbank een dergelijk verzoek in behandeling neemt en wanneer zij dit zou kunnen inwilligen, evenals welke voorwaarden zij daaraan zal (kunnen) verbinden.

Lid 1

Het eerste lid biedt de rechtbank de mogelijkheid om op verzoek van een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming voorafgaand aan een eventuele faillietverklaring al aan te wijzen wie zij als curator zal aanstellen, mocht het inderdaad tot een faillissement komen. Ten behoeve van deze aanwijzing dient de schuldenaar een verzoekschrift in te dienen bij de rechtbank. Ten opzichte van het voorontwerp is – in reactie op een opmerking van de NOvA tijdens de consultatie – verduidelijkt dat het verzoekschrift ingediend moet worden bij de rechtbank die bevoegd zou zijn een op de schuldenaar betrekking hebbende faillissementsaanvraag of aangifte in behandeling te nemen. De voorgestelde regeling maakt mogelijk dat voorafgaand aan een faillietverklaring – onder het toeziend oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris – door *de schuldenaar* in relatieve rust een mogelijk aankomend faillissement van een onderneming wordt voorbereid. Daarbij houdt de schuldenaar zelf het beheer en de beschikking over het tot zijn onderneming behorende vermogen. Gelet op het besloten karakter van de aanwijzing en het feit dat het initiatief bij de voorbereiding van het mogelijk aanstaand faillissement steeds bij de schuldenaar ligt, is ervoor gekozen alleen de schuldenaar (en dus geen anderen) de bevoegdheid te geven om de rechtbank te verzoeken om aanwijzing van een beoogd curator.

Eerste zin

Uit de eerste zin blijkt dat de schuldenaar in zijn verzoekschrift in de eerste plaats aannemelijk zal moeten maken dat sprake is van ernstige financiële problemen. Bepaald is immers dat het moet gaan om een verzoek van '*een schuldenaar die in een situatie dreigt te raken waarin hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan*'. De Rvdr en de NOvA wezen er in de consultatie op dat in het voorontwerp een verwijzing naar de financiële toestand van de schuldenaar in de wetstekst nog ontbrak, terwijl uit de toelichting bij het voorontwerp duidelijk bleek dat met het voorstel '*een grondslag werd (...) geboden om de curator bij een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming te betrekken voordat sprake is van een faillissement*'.
In de consultatie werd ten aanzien van de financiële situatie van de schuldenaar-aanvrager ook opgemerkt – door de Rvdr, de NVvR, Insolad, de NOvA, mr. van Zanten en de NVL – dat voorwaarde voor de aanwijzing van een beoogd curator door de rechtbank zou moeten zijn dat de schuldenaar aantoont dat hij in de '*aanwijzingsperiode*' voorafgaand aan het eventuele faillissement nog in staat zal zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen, waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, te voldoen. Het gekozen criterium sluit hierbij aan. Voorts wordt hiermee eveneens tot uitdrukking gebracht dat om kans te maken op een aanwijzing van een beoogd curator de financiële problemen niet van dien aard mogen zijn dat de schuldenaar in feite al in een faillissementstoestand verkeert (vlg. artikel 1, eerste lid, Fw): dat wil zeggen '*in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen*'. Is daarvan sprake, dan zal hij om te voorkomen dat zijn schulden nog verder oplopen onmiddellijk faillissement aan moeten vragen en is er voor een '*stille voorfase*' waarin het faillissement wordt voorbereid geen plaats meer. Ook wanneer al sprake is van (tijdelijke) betalingsonmacht (en dus al niet meer van een dreiging daartoe) – wat wil zeggen dat de schuldenaar '*voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan*' normalisation 'Gebruik koppelteken / half kastlijntje' – is het voor de aanwijzing van een beoogd curator in feite te laat. Het ligt in dat geval in de rede dat de schuldenaar onmiddellijk surseance van betaling aanvraagt en vervolgens binnen die procedure en met gebruikmaking van het daarbij geboden instrumentarium probeert oplossingen te zoeken voor zijn problemen (artikel 214, eerste lid, Fw).
De Rvdr, Insolad en de NOvA hebben in de consultatie de vraag gesteld of de schuldenaar nog om aanwijzing van een beoogd curator kan verzoeken als er jegens hem al een faillissementsaanvraag is ingediend. De Rvdr was van mening dat dit niet het geval zou moeten zijn. Insolad betoogde daarentegen dat een faillissementsaanvraag niet aan de aanwijzing van een beoogd curator in de weg hoefde

te staan. Gekozen is om die laatste benadering te volgen. Wanneer een faillissementsaanvraag aanhangig is, zal dit betekenen dat de schuldenaar meerdere vorderingen (nog) niet heeft voldaan. Het hoeft echter dan nog niet zo te zijn dat de schuldenaar ook al daadwerkelijk in '*de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen*'; de voorwaarde die vervuld moet zijn, wil hij failliet verklaard worden. Bevindt de schuldenaar zich nog in de fase die daaraan vooraf gaat – dat wil zeggen '*hij dreigt in een situatie te raken waarin hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan*' – en is ook aan de andere later te bespreken voorwaarde van artikel 363, eerste lid, voldaan, dan zou het nog steeds mogelijk moeten zijn om een beoogd curator aan te wijzen. Zoals besproken in de toelichting op onderdeel A (introductie van een nieuw artikel 3c), ligt het in dat geval wel voor de hand dat de schuldenaar contact opneemt met de schuldeiser die de faillissementsaanvraag heeft ingediend. De schuldenaar zou de aanvrager-schuldeiser dan kunnen inlichten over de voorbereidingen die hij voornemens is te treffen voor het mogelijk aanstaande faillissement. De schuldenaar zou de aanvrager-schuldeiser hierbij dan kunnen betrekken en hem kunnen vragen de rechtbank te verzoeken de behandeling van de faillissementsaanvraag nog even aan te houden.

Tweede zin

In de tweede zin is bepaald dat een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator door de rechtbank alleen kan worden ingewilligd wanneer de schuldenaar aannemelijk maakt dat de aanwijzing een meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van een eventueel faillissement of de vergroting van de kansen op een verkoop van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een zo hoog mogelijke koopprijs.
Tijdens de consultatie is er in meerdere reacties – waaronder in die van de Rvdr, de NVB en VNO-NCW/MKB Nederland – op gewezen dat de voorgestelde regeling er niet toe moet leiden dat ieder faillissement standaard voorafgegaan wordt door een '*stille voorfase*'. Mede gezien het gebrek aan transparantie jegens derden – in het bijzonder de crediteuren (waaronder leveranciers en afnemers) en werknemers – in de '*aanwijzingsperiode*' is het van belang dat de aanwijzing alleen dan plaatsvindt wanneer er sprake is van een meerwaarde. De NVB gaf in de consultatie het voorbeeld van een onderneming die, mocht het komen tot een faillietverklaring, in faillissement nog enige tijd kan worden gecontinueerd zonder dat substantieel waardeverlies ontstaat. In een dergelijk geval zou een '*klassieke doorstart*' uit faillissement – naar aanleiding van een openbaar verkoopproces met concurrentie tussen diverse potentiële overnamekandidaten – de voorkeur verdienen.

In het voorontwerp was nog bepaald dat de schuldenaar in zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator aannemelijk moest maken dat:
a) daarmee het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers gediend zou zijn, of
b) belangen van maatschappelijke aard – zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers – hiermee gebaat zouden zijn.

De eerste grond – '*het belang van de gezamenlijke schuldeisers*' – is nader geconcretiseerd. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers bestaat eruit dat in het faillissement de vorderingen van de schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte zullen kunnen worden voldaan. Daarvoor is van belang dat er in het faillissement een zo hoog mogelijke boedelopbrengst kan worden opgebracht. Zoals is beschreven in paragraaf 2 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting *kan* de aanwijzing van een beoogd curator hierin een bijdrage leveren. In artikel 363, eerste lid, tweede zin, is in verband hiermee bepaald dat de schuldenaar aannemelijk zal moeten maken dat de aanwijzing van een beoogd curator '*een meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van een eventueel faillissement of de vergroting van de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming tegen een zo hoog mogelijke koopprijs*'. Verder is het voor de schuldeisers vooral van betekenis dat hun belangen gedurende de '*aanwijzingsperiode*' door de beoogd curator worden behartigd. Dit belang is neergelegd in de later beschreven taakomschrijving van de beoogd curator (in artikel 364, eerste lid).
Wat betreft de tweede grond bleek uit verschillende reacties in de consultatie – waaronder die van de Rvdr, Insolad, NOvA, AKD advocaten en notarissen en VNO-NCW/MKB Nederland – dat deze zo gelezen kon worden dat de rechtbank bij de behandeling van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator evenveel gewicht zou moeten toekennen aan belangen van maatschappelijke aard als aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. In de genoemde reacties werd er vervolgens op gewezen dat de aanwijzing van een beoogd curator plaatsvindt vooruitlopend of met het oog op een mogelijke faillissementsprocedure waarin deze afweging anders zou uitvallen. De faillissementsprocedure is immers primair gericht op de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Volgens de bestaande jurisprudentie mag de curator bij zijn taakuitoefening in faillissement maatschappelijke belangen wel meewegen, maar dit betekent niet dat deze – waar sprake is van conflicterende belangen – voorrang zouden mogen krijgen op de belangen

van gezamenlijke schuldeisers.[27] Omdat het niet de bedoeling was om van deze lijn af te wijken, is besloten om ook de tweede grond te schrappen. De belangen van maatschappelijke aard worden nu, evenals de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, meegenomen in de algemener geformuleerde toewijzingsgrond; te weten '*de meerwaarde in het kader van de afwikkeling van een eventueel faillissement*'. De aanwijzing van een beoogd curator kan dus ook plaatsvinden wanneer de schuldenaar aantoont dat de voorbereiding van een mogelijk faillissement met het oog op een doelmatige afwikkeling daarvan, gewenst is in het kader van belangen van maatschappelijke aard. Van belang is dan echter wel dat de beoogd curator er tijdens de '*aanwijzingsperiode*' op toe ziet dat de belangen van maatschappelijke aard niet gaan prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Lid 2

In het tweede lid is bepaald dat de rechtbank het verzoek, dat ter griffie moet worden ingediend, in raadkamer zal behandelen. Hiermee wordt aangesloten bij de praktijk betreffende de behandeling van de faillissementsaanvraag of aangifte. Behandeling in raadkamer is ingevolge artikel 4, eerste lid, Fw de regel bij de faillissementsaanvraag of aangifte, omdat het belang van de schuldenaar zich in het algemeen tegen openbare behandeling zal verzetten. Voor de behandeling van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator geldt hetzelfde.
Voor de indiening van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator zal de schuldenaar griffierecht verschuldigd zijn. Hem zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 282 en voor rechtspersonen € 608 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).
De rechtbank beslist op het verzoekschrift bij beschikking. In het voorontwerp was een bepaling opgenomen waarin werd voorgeschreven dat de beschikking niet openbaar zou worden gemaakt. De NVvR heeft hierover in de consultatie kritische opmerkingen gemaakt. Uit deze bepaling zou kunnen worden afgeleid dat de beschikking niet in het openbaar zou worden uitgesproken, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 122 van de Grondwet. Het advies van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht volgend, is besloten deze bepaling te laten vervallen. Dit betekent dat wat betreft de openbaarheid van de beschikking aangesloten wordt bij de standaard regels van het burgerlijk procesrecht en in het bijzonder bij artikel 28 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. In het eerste lid van dat artikel is bepaald dat de beschikking in het openbaar wordt uitgesproken. In de praktijk vermeldt de uitspraak echter dat deze in het openbaar is uitgesproken, maar is deze in werkelijkheid veelal alleen uitgeroepen door de bode en wordt een afschrift van de uitspraak aan de betrokken partijen verzonden. Voorst bepaalt artikel 28, tweede lid, Rv dat de griffier in beginsel aan een ieder die dat verlangt een afschrift van vonnissen, arresten en beschikkingen verstrekt. Hij kan hiervan echter afwijken indien de verstrekking van een afschrift naar zijn oordeel geheel of gedeeltelijk dient te worden geweigerd ter bescherming van zwaarwegende belangen van anderen, waaronder die van partijen. Gelet op het belang voor de schuldenaar bij het besloten karakter van de aanwijzing, zal dit laatste vrijwel altijd het geval zijn waar het een beschikking betreft tot aanwijzing van een beoogd curator.[28]
De rechtbank zal positief beslissen op het verzoek indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat voldaan is aan de voorwaarden voor de aanwijzing zoals genoemd in het eerste lid. «*Summierlijk blijken*» betekent dat de rechtbank na een kort, maar – zoals werd onderstreept door VNO-NCW/MKB in de consultatie – kritisch onderzoek moet kunnen vaststellen of voldaan is aan de voorwaarden genoemd in het eerste lid en er dus aanleiding is om tot aanwijzing van een beoogd curator over te gaan. Om de rechtbank in staat te stellen dit onderzoek te verrichten, zal de schuldenaar zijn verzoek niet alleen moeten beargumenteren, maar – zoals in de consultatie door de Rvdr werd benadrukt – ook moeten voorzien van onderliggende documenten. De rechtbank wordt hiermee eveneens in staat gesteld te controleren of de informatie die de beoogd curator in de uitoefening van zijn taak nodig zal hebben, mocht het tot een aanwijzing komen, beschikbaar is.
Nu dit wetsvoorstel voorziet in een kaderregeling, wordt aan de rechtbanken de ruimte geboden om ten aanzien van de in het verzoekschrift te betrekken informatie een gezamenlijk beleid te ontwikkelen. In de consultatie heeft de Rvdr aangekondigd dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling dat thans reeds periodiek de '*Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling*' vaststelt (de Recofa) hiervoor een vragenlijst zal ontwikkelen. Er wordt op dit moment door verschillende rechtbanken al gebruik gemaakt van een zodanige vragenlijst. De vragenlijst spoort de schuldenaar aan informatie over te leggen op basis waarvan de rechtbank snel inzicht kan krijgen in de financiële situatie van de onderneming en kan beoordeelden of de aanwijzing meerwaarde heeft. Zo wordt de schuldenaar onder meer verzocht aan te tonen dat de administratie van de door hem gedreven onderneming zodanig is ingericht dat de

[27] HR 16 december 2011, NJ 2012 (*Maclou*); HR 19 december 2003, NJ 2004, 293 (*Mobell*), en HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (*Sigmacon II*).
[28] Zie in dit kader ook: mr. R.R. Verkerk en mr. R.A. Woutering, '*De openbaarheid van de civiele procedure*', TCR 2013/3.

rechten en verplichtingen van de onderneming snel inzichtelijk gemaakt kunnen worden. Verder wordt de schuldenaar gevraagd naar de laatste drie jaarrekeningen en of hij deze (tijdig) heeft gedeponeerd, alsmede naar een actuele verlies-en-winstrekening en een liquiditeitsprognose voor de korte termijn. Dit laatste is onder meer van belang omdat de rechtbank op basis daarvan kan vaststellen of de schuldenaar nog in staat is om lopende en nieuwe betalingsverplichtingen, waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem te raadplegen derden, te voldoen. De rechtbank vraagt verder of er gerechtelijke procedures lopen, of er beslag is gelegd en of de bank en eventuele andere zekerheidsgerechtigden op de hoogte zijn van de indiening van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator.
Voorts wordt de schuldenaar gevraagd aan te geven welke acties hij reeds heeft ondernomen om de financiële problemen op te lossen en of hierbij bijvoorbeeld ook de OR of een werknemersbond betrokken is geweest. Wordt de aanwijzing gevraagd met het oog op een mogelijke doorstart, dan dient de schuldenaar de rechtbank in te lichten over de inspanningen die in dit kader al zijn verricht; dat wil zeggen dat hem gevraagd wordt of er al een marktverkenning heeft plaatsgevonden en of er potentiële overnamekandidaten in beeld zijn. Verder vraagt de rechtbank wie – dat wil zeggen welke adviseurs en welke potentiële kopers of geïnteresseerden – er tot nu toe in dit traject betrokken zijn geweest. Zijn er al taxatierapporten opgesteld, dan wordt de schuldenaar gevraagd die over te leggen.

Lid 3

Uit het derde lid volgt dat indien de rechtbank besluit het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in te willigen, zij aan de aanwijzing een termijn verbindt van ten hoogste twee weken. Deze termijn kan vervolgens op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank worden verlengd met een door haar te bepalen termijn. Daartoe dient de schuldenaar een verzoek in te dienen bij de rechtbank. Dit zal hij moeten doen voordat de op dat moment aan de aanwijzing verbonden termijn verstrijkt.
In het voorontwerp werd het nog aan de rechtbank over gelaten om al dan niet een termijn te verbinden aan de aanwijzing en werd de bevoegdheid om die termijn – op verzoek van de schuldenaar – te verlengen gelegd bij de rechter-commissaris. De bepaling is aangepast in de zin dat het stellen van een termijn aan de aanwijzing nu hoofdregel is en dat de rechtbank beslist over een eventuele verlenging van die termijn. Aanvankelijk geldt de aanwijzing voor een termijn van ten hoogste twee weken. Hierin is het advies gevolgd van onder meer de Rvdr, AKD advocaten en notarissen en de NVL in de consultatie. Zij wezen er ook op dat door aan de aanwijzing een termijn te verbinden de exposure – dat wil zeggen het risico op het onbetaald blijven van vorderingen – voor (nieuwe) schuldeisers (waaronder leveranciers, afnemers en werknemers) wordt verkleind. Wel is er in afwijking van dit advies voor gekozen te bepalen dat de termijn niet een keer maar meerdere keren door de rechtbank verlengd zou kunnen worden en wel met een door de rechtbank (en niet zoals in het voorontwerp de beoogd rechter-commissaris) te bepalen termijn (deze kan korter of langer dan twee weken zijn). Hiermee is tegemoet gekomen aan een opmerking die Insolad maakte in de consultatie. Insolad stelde dat het stellen van een termijn ook een prijsdrukkend effect kan hebben. Door te bepalen dat meerdere verlengingen mogelijk zijn, wordt dit risico beperkt.
Zoals in de consultatie werd voorgesteld door de Rvdr en mr. Van Zanten is het derde lid expliciet voorgeschreven dat de rechtbank een verzoek tot verlenging van de termijn alleen dan zal kunnen toestaan wanneer nog steeds is voldaan aan de voorwaarden die overeenkomstig het eerste lid aan de aanwijzing worden gesteld; dat wil – in het kort – zeggen dat de aanwijzing nog steeds 1) meerwaarde moet hebben en 2) het belang ten behoeve waarvan de aanwijzing plaatsvond gediend moet zijn bij een verlenging van de ‘*aanwijzingsperiode*’. Gelet op het eerder genoemde belang van beperking van de exposure voor (nieuwe) schuldeisers (waaronder leveranciers, afnemers en werknemers), moet de schuldenaar ook nog steeds in staat zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen.[29] Naar mate de tijd vordert zal het steeds moeilijker worden deze toets te doorstaan. Zo zal na het verstrijken van de eerste termijn van twee weken het maandelijks terugkomende moment waarop vaste lasten – zoals de salarissen en de huur van het bedrijfspand – moeten worden voldaan snel in zicht komen en daarmee ook het risico voor schuldenaar dat hij niet langer in staat zal zijn deze betalingsverplichtingen te voldoen.
Zoals in de consultatie werd voorgesteld door de Rvdr en Insolad, is bepaald dat de rechtbank zich alvorens zij over het verlengingsverzoek beslist, zal laten informeren door de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.
Nu het verlengingsverzoek zo nauw met het aanvankelijke verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator samenhangt en hier ook kort op volgt, is de schuldenaar voor de indiening van dit verzoek niet nog eens griffierecht verschuldigd.

Lid 4

Ingevolge het vierde lid kan de rechtbank aan zowel de aanwijzing als aan de verlenging van de

[29] Mr. M.J. Cools, ‘*Een doorstart in voorverpakking*’, FIP 2013/8.

termijn waarvoor deze geldt voorwaarden verbinden wanneer zij dit nodig acht ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel. Wordt de aanwijzing verzocht ten behoeve van de voorbereiding van een mogelijke verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen, dan zou de rechtbank voorwaarden kunnen stellen om ervoor te zorgen dat bij verkoop de beste prijs tot stand komt. Zo zou zij bijvoorbeeld van de schuldenaar kunnen verlangen dat deze binnen een bepaalde termijn aan de beoogd curator een meer gedetailleerd plan voor de redding van de rendabele bedrijfsonderdelen overlegt. Ook zou de rechtbank als voorwaarde kunnen stellen dat de bedrijfsonderdelen in de '*aanwijzingsperiode*' in ieder geval dienen te worden getaxeerd door een onafhankelijke deskundige of dat er binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding een markverkenning dient te worden verricht waarbij gezocht wordt naar (andere) potentiële kopers voor de rendabele bedrijfsonderdelen. Hieruit moet niet worden afgeleid dat bij de aanwezigheid van slechts één gegadigde van een aanwijzing van een beoogd curator geen sprake zou kunnen zijn of dat deze dan hoort te eindigen.

Lid 5

Zoals eerder is opgemerkt is één van de voorwaarden voor de aanwijzing dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen, waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, te voldoen (zie de toelichting bij artikel 363, eerste en tweede lid). Artikel 367 waarin is voorgeschreven dat de schuldenaar het salaris van de beoogd curator de kosten van door hem geraadpleegde derden dient te betalen, gaat hier ook van uit. Ingevolge artikel 363, vijfde lid, kan de rechtbank aan de aanwijzing van een beoogd curator ook de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling voor de betaling van deze kosten.

Lid 6

In paragraaf 5 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is reeds uiteengezet dat de beslissing om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator bij de rechtbank in te dienen op basis van de wet niet valt onder de categorie besluiten waarvoor het bestuur van een BV of een NV goedkeuring behoeft van de AVA. In het zesde lid wordt voorts bepaald dat een bepaling in de statuten die hiervan afwijkt – en waarin dus bepaald is dat voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator de goedkeuring van de AVA vereist is – nietig is. In de consultatie adviseerden de NVB en mr. Van Zanten hierover duidelijkheid te verschaffen.

Lid 7

In het zevende lid is bepaald dat er geen aanwijzing van een beoogd curator zal plaatsvinden wanneer het verzoek daartoe is ingediend door:
a) een schuldenaar die een natuurlijke persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent;
b) een bank als bedoeld in artikel 212g, eerste lid, Fw, of
c) een verzekeraar als bedoeld in artikel 213 Fw.

Hiermee wordt – zoals in de consultatie werd gesuggereerd door de Rvdr – aangesloten bij artikel 214, vierde lid, Fw waarin voor de reikwijdte van de regeling betreffende de surseance van betaling dezelfde beperkingen zijn opgenomen.
Schuldenaren die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen zijn uitgesloten omdat de voorgestelde regeling slechts ziet op ondernemingen. Voor banken en verzekeraars gelden specifieke insolventieprocedures die zijn neergelegd in respectievelijk de afdelingen 1.11AA en 1.11B van de Faillissementswet. De bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling is niet geschikt om in het kader van deze insolventieprocedures te worden toegepast.
Er zijn hiernaast geen andere beperkingen van de reikwijdte van de regeling: zij is van toepassing op alle ondernemingen, ongeacht de activiteiten die zij verrichten of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven. De regeling kan ook worden toegepast waar het een onderneming betreft die actief is in de semipublieke sector.

Lid 8

In het achtste lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank op een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator of een verzoek tot verlenging van de termijn waarvoor die aanwijzing geldt, geen rechtsmiddel open staat. In reactie op opmerkingen van de NVvR, Insolad en de NOvA in de consultatie is de tekst van het voorontwerp iets aangepast en is verduidelijkt dat het hier zowel de afwijzing als de toewijzing van het verzoek betreft en dat niet alleen hoger beroep is uitgesloten, maar ieder rechtsmiddel.

Artikel 364

Lid 1

In het eerste lid wordt in gegaan op de rol en de taak van de beoogd curator.

Eerste zinsdeel

In het eerste zinsdeel is wat betreft de rol van de beoogd curator bepaald dat hij ter verwezenlijking van het doel met het oog waarop de schuldenaar om de aanwijzing heeft verzocht, wordt betrokken bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement. Dit wil zeggen dat deze bepaling gelezen moet worden in samenhang met artikel 363, eerste lid, tweede zin, en dat de betrokkenheid van de beoogd curator dus gewenst is om de afwikkeling van het mogelijk aanstaand faillissement te faciliteren en, indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo een hoog mogelijke prijs, te vergroten. Deze bepaling ontbrak nog in het voorontwerp. In de consultatie adviseerde de Rvdr om de rol van de beoogd curator uitdrukkelijk in de wet op te nemen, teneinde de grenzen waarbinnen de beoogd curator functioneert wettelijk af te bakenen en het toetsingskader voor de beoordeling van de vraag of een beoogd curator zijn rol goed vervult een wettelijke basis te bieden.
De beoogd curator is dus betrokken bij de voorbereiding van het mogelijke faillissement en, indien aan de orde, het traject waarbij op initiatief van de schuldenaar wordt gezocht naar mogelijke overnamekandidaten voor rendabele bedrijfsonderdelen. De beoogd curator heeft daarbij vooral een observerende rol. Dit houdt in ieder geval in dat de beoogd curator meekijkt, zich laat informeren en zich een oordeel vormt over de gang van zaken binnen de onderneming. Daarbij is het doel dat mocht het daadwerkelijk tot een faillietverklaring komen, de curator in dat faillissement sneller en/of adequater zal kunnen handelen en dat, indien aan de orde, de verkoop en de daarop volgende doorstart van de bedrijfsonderdelen relatief kort na de faillietverklaring zal kunnen plaatsvinden. In de ‘*stille fase*’ die voorafgaat aan het mogelijke faillissement, behoudt de schuldenaar zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen en blijft hij zelf verantwoordelijk voor zijn eigen handelen.
Wat de beoogd curator in concrete zin precies doet om aan zijn rol invulling te geven, zal afhangen van de situatie. In de consultatie hebben onder meer mr. Van Zanten, mr. Schalken en mr. Schreurs enkele van hun praktijkervaringen als ‘*stille bewindvoerder*’, ofwel advocaat of adviseur van een in financiële moeilijkheden verkerende onderneming beschreven. Daarin noemen zij als voorbeelden van werkzaamheden van de beoogd curator het nagaan van de mogelijkheden voor een verkoop van rendabele bedrijfsonderdelen en het voeren van gesprekken met daarbij betrokken partijen (zoals potentiële overnamekandidaten en de bank). Naar aanleiding van een opmerking van de NOvA in de consultatie, moet in dit kader – onder verwijzing naar hetgeen hierover reeds is opgemerkt in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting – nogmaals benadrukt worden dat de beoogd curator in dit traject nimmer optreedt als adviseur van de schuldenaar. Dit zou niet passen bij zijn hierna te bespreken taak als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De belangen van de schuldenaar en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers kunnen immers uiteenlopen.
Het feit dat de beoogd curator – net als de beoogd rechter-commissaris – in de ‘*stille voorfase*’ van het mogelijke faillissement fungeert als informant voor de rechtbank wanneer zij beslissingen moet nemen over de eventuele verlenging van de duur van de aanwijzing (artikel 363, derde lid), de intrekking van de aanwijzing (artikel 366, eerste lid) of de vervanging van de beoogd curator door een ander dan wel de toevoeging van één of meer beoogd medecuratoren (artikel 366, eerste lid), moet ook in de context van deze rol worden bezien.
In het voorontwerp was nog bepaald dat de beoogd curator bij zijn handelen de taak van de curator in faillissement als uitgangspunt diende te nemen. Daarmee werd bedoeld dat de beoogd curator zijn taak diende te verrichten ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, zoals dat het geval is voor de curator in faillissement.[30] Omdat de voorgestelde regeling de beoogd curator echter een rol toebedeelt die veel beperkter is dan die van de curator in faillissement – hij heeft in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement vooral een observerende rol en is nog niet belast met het beheer van de onderneming en al helemaal niet met de vereffening van de activa – adviseerde Insolad in de consultatie om de bepaling aan te passen en te bepalen dat de beoogd curator in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement tot taak heeft de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar te behartigen. Dit advies is opgevolgd.
Deze taak houdt in dat de beoogd curator erop toe zal moeten zien dat de voorbereidingen die de schuldenaar treft ook in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij gaat het er veelal om dat de voorbereidingen ertoe leiden dat in faillissement een zo een hoog mogelijke boedelopbrengst kan worden gerealiseerd. Het is ook mogelijk dat het verzoek om aanwijzing van een beoogd

[30] HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (*Notaris/THB*).

curator is gedaan omdat belangen van maatschappelijke aard vragen om een goede voorbereiding van een aanstaand faillissement. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een aanstaand faillissement van een onderwijsinstelling; om ervoor te kunnen zorgen dat het onderwijs na de faillietverklaring zo min mogelijk wordt verstoord, is van belang dat er al voor de faillietverklaring maatregelen worden getroffen om het faillissement zo ordentelijk en gecontroleerd mogelijk te laten verlopen. De beoogd curator zal – zoals ook al aan de orde kwam in de toelichting bij artikel 363, eerste lid, tweede zin – er in dat geval vooral voor moeten waken dat de belangen van maatschappelijke aard niet gaan prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Mocht de beoogd curator tot de conclusie komen dat de schuldenaar niet op de juiste weg is – dat wil zeggen dat de schuldenaar transacties of handelingen verricht of voorbereidingen treft die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers – dan hoort bij zijn taak als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dat hij de schuldenaar hierop dient te wijzen.

In het voorontwerp was – in het daarin opgenomen artikel 365, tweede lid – nog voorzien in een bepaling op basis waarvan de schuldenaar de beoogd curator kon verzoeken zich uit te spreken over de vraag of het verrichten van bepaalde handelingen wat hem betreft acceptabel of nuttig zou zijn. Het ging er daarbij in het bijzonder om dat de beoogd curator zou kunnen aangeven hoe groot de kans zou zijn dat hij als curator in het faillissement:
– rechtshandelingen – zoals het aangaan van een noodkrediet tegen zekerheidstelling – zou vernietigen op grond van de artikelen 42 tot en met 47 Fw, dan wel
– een voor de faillietverklaring door de schuldenaar voorbereide verkoop van activa zou willen uitvoeren op basis van artikel 101 Fw.

De bepaling hield verband met de wens van schuldenaren die om de aanwijzing van een beoogd curator vragen, om in een zo vroeg mogelijk stadium zoveel mogelijk zekerheid te kunnen verkrijgen over de vraag of de voorbereidingen die zij treffen in het kader van het mogelijk aankomend faillissement ook op de instemming kunnen rekenen van de (toekomstig) curator in dat faillissement.
In de consultatie werd op deze bepaling door Rvdr, NVvR, Insolad en de NOvA, om verschillende redenen kritiek geuit. Zo werd er onder meer op gewezen dat de mogelijkheid voor de beoogd curator om dergelijke verklaringen af te geven zich moeilijk leek te verhouden met de anderszins in het voorontwerp aan de beoogd curator toebedeelde terughoudende en observerende rol. Voorts werd gesteld dat de beoogd curator zich in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement – vanwege het besloten karakter daarvan – uitsluitend zou kunnen baseren op informatie die door de schuldenaar is verstrekt. Hierdoor zou hij mogelijk slechts een beperkt beeld hebben van de situatie en daarmee niet in staat zijn om dergelijke verklaringen af te leggen. Ook het feit dat er veelal sprake zal zijn van een hoge tijdsdruk, zou een belemmering kunnen opwerpen. Vanwege het risico op latere aansprakelijkheidsclaims zouden beoogd curatoren dergelijke verklaringen niet af willen leggen. Ook zouden beoogd curatoren hier niet aan willen omdat zij zich hiermee dan in zekere zin reeds vastleggen en zij hierdoor later in de taakoefening als curator in het faillissement belemmerd zouden worden. Zouden beoogd curatoren wel bereid zijn om verklaringen af te leggen, dan zouden die verklaringen slechts leiden tot schijnzekerheid; de vraag of rechtshandelingen al dan niet vernietigd zouden moeten worden op grond van de artikelen 42 tot en met 47 Fw dan wel of de voorbereide verkoop van bedrijfsonderdelen na de faillietverklaring zal worden geëffectueerd kan pas in faillissement definitief worden beantwoord. In de consultatie beoordeelde alleen de NVB de hiervoor beschreven bepaling positief. Dit in verband met het eerder genoemde punt van het verkrijgen van zekerheid over de voorbereidingen die voorafgaand aan het mogelijke faillissement worden getroffen.
Naar aanleiding van de genoemde kritische commentaren is ervoor gekozen om de bepaling zoals die was opgenomen in artikel 365, tweede lid, van het voorontwerp niet over te nemen in het wetsvoorstel. Dit roept de vraag op hoe de schuldenaar nu de door hem gewenste zekerheid zal kunnen verkrijgen. Zoals hiervoor beschreven heeft de beoogd curator in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement tot taak de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de belangen van leveranciers, afnemers en werknemers). Dit betekent dat terwijl de schuldenaar voorbereidingen treft de beoogd curator meekijkt en zich laat informeren over de gang van zaken binnen de onderneming en dat de beoogd curator de schuldenaar aanspreekt en bijstuurt wanneer hij transacties of handelingen willen gaan verrichten die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers. De schuldenaar zou hieruit kunnen opmaken dat hij ‘*op de goede weg*’ is wanneer de beoogd curator geen bijsturende opmerkingen maakt. Maakt de beoogd curator wel dergelijke opmerkingen, dan weet de schuldenaar dat hij er goed aan doet zijn voorbereidingstraject hierop aan te passen.

Lid 2

Het tweede lid onderstreept de eerder in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting beschreven onafhankelijke positie van de beoogd curator die essentieel is wil hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de belangen van leveranciers, afnemers en werknemers) kunnen behartigen. Bepaald is dat de beoogd curator niet gehouden is tot opvolging van

instructies van de schuldenaar of van één of meerdere schuldeisers. Een andere bepaling waarin de onafhankelijke positie van de beoogd curator wordt verstevigd, is terug te vinden in artikel 363, vijfde lid. Ter voorkoming van financiële afhankelijkheid van de beoogd curator is daar bepaald dat de rechtbank ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling kan verbinden.
Gedurende de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement is de enige aan wie de beoogd curator verantwoording verschuldigd is, de beoogd rechter-commissaris (artikel 365, derde lid). Na beëindiging van de aanwijzing dient de beoogd curator echter binnen zeven dagen een eindverslag uit te brengen van zijn bevindingen en dit te deponeren bij de griffie. Eindigt de aanwijzing met de faillietverklaring van de schuldenaar of met de verlening van surseance van betaling aan hem, dan zal het verslag bovendien aldaar door een ieder kosteloos ingezien kunnen worden (artikel 366, derde en vierde lid). Daarmee verantwoordt de beoogd curator in feite achteraf zijn eigen handelen in de '*stille fase*' voorafgaan het faillissement aan een ieder en met name aan de schuldeisers.

Lid 3 en 4

In de consultatie merkte de NOvA op dat de beoogd curator, om zijn rol in het kader van de voorbereiding van een mogelijk aanstaand faillissement en daarbij zijn taak van behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers goed te kunnen vervullen, dient te kunnen beschikken over alle daarvoor benodigde informatie. Mede in verband hiermee is in artikel 364, derde lid, de informatieverplichting van de schuldenaar jegens de beoogd curator ten opzichte van het voorontwerp aangescherpt.
Bepaald is dat de schuldenaar de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle benodigde inlichtingen dient te verschaffen. De beoogd curator is dus bevoegd om bij de schuldenaar alle informatie op te vragen die hij nodig heeft en de schuldenaar is verplicht hieraan gehoor te geven.
Gelet op het besloten karakter van de aanwijzing en het feit dat de aanwijzing geen verandering brengt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar, is in artikel 364, vierde lid, voorgeschreven dat de beoogd curator de verkregen informatie vertrouwelijk zal behandelen en deze alleen zal delen met derden wanneer hij daarvoor toestemming heeft gekregen van de schuldenaar.
Zoals eerder is opgemerkt in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting veronderstelt dit alles dat er sprake is van vertrouwen tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Is dit niet (langer) het geval – er is bijvoorbeeld gebleken dat de schuldenaar de beoogd curator niet volledig heeft geïnformeerd – dan zou dit ertoe kunnen leiden (maar dit hoeft niet) dat de beoogd curator zich terugtrekt. Het voorgestelde artikel 366, eerste lid, voorziet in de mogelijkheid van intrekking van de aanwijzing op voordracht van de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris, dan wel op verzoek van de schuldenaar.

Artikel 365

Lid 1

In het eerste lid is bepaald dat wanneer de rechtbank besluit een verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator te honoreren, zij tevens één van haar leden aanwijst die in geval van een faillietverklaring zal worden benoemd als rechter-commissaris. Dat ook een beoogd rechter-commissaris wordt aangewezen ligt in de rede aangezien de curator in het eventuele faillissement de failliete boedel zal beheren onder toezicht van de rechter-commissaris. Bovendien geldt voor alle onderhandse transacties – waaronder een onderhandse verkoop van bedrijfsonderdelen – die de curator in faillissement zou willen verrichten, dat hij hiervoor eerst toestemming zal moeten krijgen van de rechter-commissaris (vlg. de artikelen 101, eerste lid, en 176 Fw). Een andere reden waarom ook de betrokkenheid van de toekomstig rechter-commissaris gewenst is in de '*stille fase*' voor een mogelijk faillissement is dat de beoogd rechter-commissaris in die fase een toezichthoudende rol zal vervullen. Op die wijze kan – zoals in de consultatie ook werd opgemerkt door de Rvdr en de NVB – het gebrek aan transparantie jegens derden, waaronder de crediteuren en werknemers, worden ondervangen. De beoogd rechter-commissaris zal immers (in samenspraak met de beoogd curator) over de belangen van deze derden waken.

Lid 2 en 3

Het tweede lid omvat een omschrijving van de taak van de beoogd rechter-commissaris. Deze ontbrak nog in het voorontwerp. In de consultatie werd onder meer door de Rvdr, de NVvR, de NOvA en de NVB geadviseerd de rol van de beoogd rechter-commissaris nader uit te werken in zowel de wet als de toelichting daarop. Besloten is om dit advies op te volgen.
In de wet wordt bepaald dat de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator (artikel 365, tweede lid). Zijn taakomschrijving in de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement verschilt dus niet van die van de rechter-commissaris in het faillissement.
Verder fungeert de beoogd rechter-commissaris – net als de beoogd curator – overigens ook als

informant voor de rechtbank wanneer zij beslissingen moet nemen over de eventuele verlenging van de duur van de aanwijzing (artikel 363, derde lid), de intrekking van de aanwijzing (artikel 366, eerste lid) of de vervanging van de beoogd curator door een ander dan wel de toevoeging van één of meer beoogd medecuratoren (artikel 366, eerste lid).
Om de beoogd rechter-commissaris in staat te stellen zijn toezichtstaak te vervullen, is in artikel 365, derde lid, bepaald dat de beoogd curator de beoogd rechter-commissaris regelmatig verslag doet van zijn bevindingen. Ook kan de beoogd rechter-commissaris te allen tijde verschijning van de beoogd curator in persoon gelasten en is de beoogd curator verplicht alle door de beoogd rechter-commissaris gewenste inlichtingen te verschaffen. Op advies van de Rvdr is deze bepaling overgenomen uit het Voorontwerp voor een Insolventiewet uit 2007 van de Commissie Kortmann (artikel 7.2.4 van het voorontwerp).[31] In dit voorontwerp is een regeling opgenomen voor de benoeming van een stille bewindvoerder (afdeling 7.2). Hoewel met deze regeling een ander doel wordt beoogd – te weten het bieden van een mogelijkheid tot hulp en bijstand aan een schuldenaar om onder professionele begeleiding van een '*stille bewindvoerder*' orde op zaken te stellen en op deze wijze een insolventie te vermijden – is de bepaling waarin is geregeld hoe de 'stille bewindvoerder' verantwoording dient af te leggen over zijn handelen ook zeer bruikbaar in de context van dit wetsvoorstel.

Artikel 366

In artikel 366 is voorgeschreven *hoe* en *wanneer* de aanwijzing eindigt en wat hiervan de gevolgen zijn.

Lid 1

Ingevolge het eerste lid kan de aanwijzing van de beoogd curator voordat de daarvoor geldende termijn is verstreken worden ingetrokken door de rechtbank. In het voorontwerp werd in het daarin opgenomen artikel 364, eerste lid, nog gesproken over de '*ontheffing van de beoogd curator van zijn taken*'. In de '*stille fase*' voorafgaand aan het mogelijke faillissement heeft de beoogd curator echter vooral een observerende rol en heeft hij daarbij uitsluitend tot taak om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Insolad merkte in de consultatie op dat de gekozen terminologie daar niet goed op aansloot en adviseerde om deze te vervangen door de meer neutrale term '*intrekking van de aanwijzing*'. Naar aanleiding hiervan is de bepaling aangepast.
Voorts is bepaald dat de rechtbank de als beoogd curator aangewezen persoon ook kan vervangen door een ander (hierna: vervanging van de beoogd curator) of dat zij één of meer mede beoogd curatoren kan aanwijzen. In de consultatie werd door de Rvdr en mr. Van Zanten ten aanzien van de mogelijkheid tot verlenging van de termijn van de aanwijzing (vlg. artikel 363, derde lid) geadviseerd expliciet in de wet te bepalen dat de rechtbank een verzoek daartoe alleen zal kunnen inwilligen wanneer nog steeds is voldaan aan de voorwaarden die overeenkomstig artikel 363, eerste lid, aan de aanwijzing worden gesteld; dat wil – in het kort – zeggen dat de aanwijzing nog steeds 1) meerwaarde moet hebben en 2) het belang ten behoeve waarvan de aanwijzing plaatsvond met een verlenging van de '*aanwijzingsperiode*' gediend moet zijn. In artikel 363, derde lid, is dit advies opgevolgd en is daaraan bovendien nog toegevoegd dat de schuldenaar ook nog steeds in staat moet zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen. Besloten is om dezelfde voorwaarden te stellen ten aanzien van een verzoek tot vervanging van de beoogd curator of tot aanwijzing van één of meer mede beoogd curatoren.
Mocht een verzoek tot intrekking van de aanwijzing, tot vervanging van de beoogd curator of tot aanwijzing van één of meer mede beoogd curatoren, worden ingediend door de schuldenaar, dan is deze daarvoor geen griffierecht verschuldigd. Reden hiervoor is dat de schuldenaar al griffierecht heeft betaald bij de indiening van het aanvankelijke verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Dit latere verzoek hangt daar nauw mee samen en daarom is hiervoor niet nog eens een griffierecht verschuldigd. Schuldeisers – die niet al eens griffierecht hebben betaald – betalen wanneer zij het verzoek indienen wel griffierecht. Dit is thans voor natuurlijke personen normalisation 'Invoegen vast wit tussen valutasymbool en bedrag' € 282 en voor rechtspersonen € 608 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).
Reden voor de intrekking van de aanwijzing of de vervanging van de beoogd curator zou kunnen zijn een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator. In de consultatie noemden mr. Van Zanten en mr. Schalken als mogelijke aanleiding voor een dergelijke vertrouwensbreuk; de schuldenaar reageert niet op '*bijsturende opmerkingen*' van de beoogd curator en blijft voornemens transacties of handelingen te verrichten die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers of de schuldenaar komt zijn informatieverplichting ingevolge artikel 364, derde lid, niet na. Zoals in de consultatie werd opgemerkt door de Rvdr, de NOvA en door mr. Schreurs, moet hierbij echter worden aangetekend dat een vertrouwensbreuk zeker niet altijd aanleiding hoeft te geven tot het intrekken van

[31] http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html.

de ‘*aanwijzing*’. Het kan ook in voornoemde situaties juist nog steeds in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers dat de beoogd curator betrokken blijft en mee blijft kijken. In de consultatie merkte VNO-NCW/MKB Nederland terecht op dat doorslag geeft of de aanwijzing nog steeds in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Overigens kan een reden voor de indiening van een verzoek tot intrekking van de aanwijzing ook zijn dat de schuldenaar inmiddels buiten faillissement een oplossing heeft gevonden voor zijn financiële problemen.
De intrekking van de aanwijzing heeft – buiten het geval waarin de financiële problemen inmiddels zijn opgelost – verstrekkende consequenties. Het leidt er immers toe dat de met de aanwijzing beoogde uitkomst zeer waarschijnlijk niet wordt bereikt. Het is mede daarom van belang dat de rechtbank alvorens zij een beslissing neemt over het al dan niet intrekken van de aanwijzing altijd eerst de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator hierover hoort. Voorts dient de rechtbank de schuldenaar en, indien het verzoek is ingediend door een schuldeiser, de schuldeiser in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord. Mocht het verzoek tot intrekking van de aanwijzing zijn ingegeven door de omstandigheid dat er zich tussen de beoogd curator en de schuldenaar een vertrouwensbreuk heeft voorgedaan, dan zou de hoorzitting de rechtbank de mogelijkheid kunnen bieden om de relatie tussen de beoogd curator en de schuldenaar alsnog te herstellen. Dat de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator altijd worden gehoord, houdt ook verband met hun rol in de ‘*stille fase*’ voorafgaand aan het mogelijke faillissement (zie hierover paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting en de toelichting op de artikelen 364 en 365).

Lid 2

In het tweede lid is bepaald dat de aanwijzing van rechtswege eindigt door het verstrijken van de aan de aanwijzing verbonden termijn of de faillietverklaring van de schuldenaar dan wel de verlening van voorlopige surseance van betaling aan hem. Dit laatste volgt logischerwijs uit het feit dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris vanaf dat moment in beginsel respectievelijk curator dan wel bewindvoerder en rechter-commissaris in het faillissement of in de surseance zullen zijn en als zodanig de taken zullen uitoefenen die op hun rusten ingevolge de Titels I en II van de Faillissementswet. Dit is, voor wat betreft de curator en de bewindvoerder, slechts anders wanneer de rechtbank bij de faillietverklaring alsnog besluit haar eerdere aanwijzing niet op te volgen en overgaat tot het aanstellen van een ‘*nieuwe curator*’ danwel een ‘*nieuwe bewindvoerder*’ (zie hierover de toelichting bij onderdelen D tot en met G).

Lid 3–5

Belangrijk gevolg van de beëindiging van de aanwijzing betreft de verplichting van de beoogd curator om binnen zeven dagen een eindverslag uit te brengen over zijn bevindingen in de ‘*stille fase*’ die vooraf ging aan de faillietverklaring (artikel 366, derde lid). Zoals eerder werd opgemerkt in paragraaf 4 van het algemeen deel van deze toelichting wordt hiermee achteraf aan derden en in het bijzonder aan de schuldeisers openheid van zaken gegeven over hetgeen zich heeft afgespeeld kort voor de faillietverklaring.
In het voorontwerp was in het daarin opgenomen artikel 364, derde lid, nog bepaald dat de beoogd curator ‘*onverwijld*’ verslag diende uit te brengen. In navolging van het advies van de Rvdr en van mr. Schalken in de consultatie wordt nu een concrete termijn van zeven dagen genoemd. Mocht het de beoogd curator niet lukken om zijn verslag binnen die termijn uit te brengen dan kan hij de rechtbank vragen om een verlenging van de termijn.
In de consultatie merkte de Rvdr ten aanzien van de inhoud van het verslag op dat de beoogd curator hierin in ieder geval het volgende zal moeten opnemen:
– de toestand van de onderneming zoals hij deze aantrof,
– het plan van aanpak zoals voorgesteld door de schuldenaar,
– indien sprake is geweest van (de voorbereiding van) een verkoop en doorstart van bedrijfsonderdelen kort na de faillietverklaring; het verkoopproces en de (gemotiveerde) keuze voor de overnamekandidaat.

In de consultatie heeft de Rvdr aangekondigd dat de Recofa nadere richtlijnen en/of een model voor het eindverslag zal opstellen, naar voorbeeld van de in Engeland geldende ‘*Statement of Insolvency Practice 16*’.[32]
Het eindverslag dient bij de griffie te worden gedeponeerd. Aldaar zal een ieder het kosteloos kunnen inzien, maar – gelet op het besloten karakter van de aanwijzing – niet dan nadat de schuldenaar failliet is verklaard of hem surseance van betaling is verleend. Dit betekent dat wanneer de betrokkenheid van de beoogd curator eindigt omdat de schuldenaar erin is geslaagd buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen, het eindverslag niet openbaar zal worden

[32] http://www.icaew.com/~/media/Files/Technical/Insolvency/regulations-and-standards/sips/england/sip-16-e-and-w-pre-packaged-sales-in-administrations.pdf.

gemaakt. Volgt binnen drie maanden echter toch nog een faillissement of een surseance van betaling, dan zal de griffie het eindverslag alsnog voor een ieder ter inzage leggen. Zoals de Rvdr in de consultatie opmerkte, neemt de relevantie voor derden van de bevindingen van de beoogd curator af naarmate er meer tijd is verstreken tussen het eind van de '*aanwijzingsperiode*' en de faillietverklaring of de verlening van surseance van betaling. Daarom *hoeft* de griffie het eindverslag *niet* meer voor een ieder ter inzage te leggen wanneer er meer dan drie maanden is verstreken. Mocht de rechtbank echter van mening zijn dat het voor derden – ondanks de inmiddels verstreken tijd – toch nog relevant kan zijn om kennis te nemen van het eindverslag, dan *kan* zij wel besluiten dat het eindverslag alsnog ter griffie ter inzage wordt gelegd (artikel 366, vierde en vijfde lid).

Lid 6

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank op een verzoek tot intrekking van de aanwijzing, tot vervanging van de beoogd curator of tot aanwijzing van één of meer mede beoogd curatoren, geen rechtsmiddel open staat. Hiermee wordt aangesloten op artikel 363, zevende lid, waarin is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank op een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator of de verlenging van de termijn waarvoor die aanwijzing geldt, ook geen rechtsmiddel open staat. In de consultatie merkte de NVvR op dat deze bepaling hier nog ontbrak.

Artikel 367

Dit artikel regelt de betaling van de beoogd curator en van de derden die door hem worden ingeschakeld. Zoals eerder is opgemerkt is één van de voorwaarden voor de aanwijzing dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen, waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, te voldoen (artikel 363, eerste en tweede lid). Artikel 367 gaat hier ook van uit.
In het voorontwerp was in het daarin opgenomen artikel 367, derde lid, nog voorgeschreven dat wanneer de schuldenaar failliet zou worden verklaard voordat het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem ingeschakelde derden zouden zijn voldaan, het salaris en deze kosten voldaan zouden worden als algemene faillissementskosten in de zin van artikel 182 Fw. Nu er echter bepaald is dat geen aanwijzing plaatsvindt wanneer de schuldenaar niet in staat is om de deze kosten te voldoen en de rechtbank bovendien aan de aanwijzing van een beoogd curator de voorwaarde kan verbinden van zekerheidstelling voor de betaling van deze kosten, is deze bepaling overbodig geworden.

Artikelen II en III

Artikel II betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling. Artikel III bevat de citeertitel.

De Minister van Veiligheid en Justitie,